This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

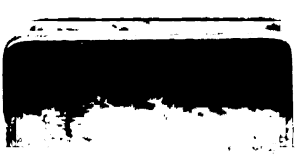
À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

Sur. is
152 hc

Revue



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

CORBEIL, TYPOGRAPHIE ET STÉRÉOTYPIE DE CRÉTÉ.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

V. MARCADÉ
Ancien avocat à la Cour de cassation.

PAUL PONT
Président du Tribunal civil de Corbeil.

WOLOWSKI
Professeur au conserv. des Arts et Métiers.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION ;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation

NICIAS GAILLARD
Premier avocat général à la Cour de cassation.

LAFERRIÈRE
Inspecteur général des Facultés de droit.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

TROPLONG
Premier président de la Cour de cassation.

DELANGLE
Premier président de la Cour impér. de Paris,

ROULAND
Procureur général à la Cour impér. de Paris.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France.

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à Faculté de droit de Paris.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

FL. MIMEREL
Avocat au conseil d'Etat, à la Cour de cassation et du Ministère de l'intérieur.

REVERCHON
Avocat au conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

BERGSON
Avocat, Docteur en droit

JOUSSELIN
Avocat au conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

TOME III. — 3me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIRRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

Rue des Grés-Sorbonne, 16.

1853

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

La *Revue de législation* et la *Revue critique de jurisprudence* font une alliance qui, nous en avons l'espoir, sera féconde pour la science du droit: elles ne formeront à l'avenir qu'une seule et même Revue.

Dix-neuf années se sont écoulées depuis la fondation de la *Revue de législation*. Tous les légistes savent avec quel succès elle a parcouru cette longue et laborieuse carrière sous la direction habile de notre savant ami, M. Louis Wolowski. Elle a ravivé des études qui n'avaient plus d'organe depuis que la *Thémis* avait cessé de paraître. Elle a publié des travaux d'une curieuse érudition qui ont fait renaître le goût des recherches historiques; des dissertations approfondies qui ont éclairé un grand nombre de problèmes de notre législation; des documents précieux qui ont donné à son recueil un grand intérêt. Enfin, elle a repris hardiment la discussion, quelque peu délaissée, des théories philosophiques qui se trouvent au-dessus ou au fond de toutes les lois. C'est dans ses pages que le talent élevé de M. le premier président Troplong s'est développé avec le plus d'éclat, que M. Charles Giraud a publié ses savantes études, M. Nicias Gaillard ses lumineuses dissertations sur le droit civil, M. Laboulaye ses premiers essais sur le droit public, M. Wolowski, ses investigations, empreintes de tant de sagacité et de hardiesse sur l'économie politique. Il nous est impossible de ne pas rappeler les noms

Digitized by Google

de Klimrath, de Championnière, de Hello, trop tôt enlevés à la science et qu'elle n'a point oubliés.

La tendance générale de la Revue a été, dès son origine, d'envisager le droit dans ses plus hauts aspects plutôt que dans ses applications usuelles; de se laisser entraîner aux études théoriques, qui sont, à la vérité, la meilleure et la plus sûre préparation de la pratique, et de ne faire aux travaux moins brillants mais non moins utiles de celle-ci, qu'une part assez restreinte. Ce n'est pas que de notables efforts n'aient été faits à différentes reprises pour combattre cette tendance et pour réunir dans le même cadre deux parties du droit qui ne sont point opposées l'une à l'autre, et ne devraient peut-être jamais être séparées. En France surtout, l'étude de la théorie des lois ne séduit l'esprit qu'à la condition d'en apercevoir une application possible. Nous nous arrêtons rarement, comme en Allemagne, à la contemplation de l'idée pure; nous poursuivons l'idée appliquée. Les travaux pratiques, l'examen des questions que soulève la jurisprudence, la discussion des arrêts n'ont été qu'une partie accessoire de la Revue; sa partie principale a continué d'être occupée par la philosophie et par l'histoire du droit. Ce n'est pas nous, assurément, qui lui en ferions le reproche. Mais quelques bons et solides esprits ont pensé qu'en suivant de plus en plus cette pente, elle avait laissé une place à côté d'elle, et ils ont créé la *Revue critique de jurisprudence.*

Cette nouvelle Revue, fondée il y a trois ans à peine sur un plan essentiellement différent, a voulu surtout examiner les arrêts sous le point de vue doctrinal; le nombre de feuilles promis au public ne laissait pas toujours aux discussions purement théoriques la place qui leur eût été nécessaire. La *Revue critique* a donc principalement exploité e champ de la jurisprudence; mais ses remarquables travaux l'ont fécondé, et peut-être agrandi. M. Mar-

Digitized by Google

cadé, puissant par les formes de sa dialectique non moins que par sa science, redoutable surtout par les vives allures et les ressources de sa critique; M. Demolombe, auteur d'un commentaire justement admiré; M. Paul Pont, que ses éminents travaux ont placé au premier rang de nos civilistes; M. Coin Delisle, esprit judicieux et savant écrivain, ont su imprimer à cette publication une active et féconde impulsion. Ils ont eu la pensée de soumettre les principales décisions de la jurisprudence à un examen approfondi, de signaler celles qui s'éloignent des règles du droit, et de faire planer ces règles comme autant de phares lumineux sur l'immense chaos de ces décisions. Tout le succès de la *Revue critique* a été dans cette pensée.

Et néanmoins, il a été bientôt facile d'apercevoir que ce cadre était trop étroit; qu'une Revue de droit doit nécessairement comprendre toutes les matières et toutes les études du droit; qu'il est difficile, d'ailleurs, de séparer la discussion des questions les plus usuelles de celle des principes philosophiques qui sont plus ou moins mêlés à toutes les questions.

Toute étude juridique repose sur deux éléments principaux : l'histoire, c'est-à-dire la science des faits, et la théorie, c'est-à-dire la science du droit. Il n'y a point d'interprétation réellement doctrinale qui ne s'appuie sur ces deux fondements. La législation, en effet, n'est que l'application des règles du droit aux faits sociaux; or, quelle serait la puissance d'une doctrine qui rejetterait et la connaissance de ces faits, et l'autorité de ces règles? Comment expliquerait-elle les textes, si elle ne remontait pas à leur source, si elle ne cherchait pas à saisir la pensée qui est venue les animer? Et il faut se garder de croire que cette intervention de la science, réservée aux questions spéculatives qui sommeillent dans les hautes régions du droit, ne doit pas des-

Digitized by Google

cendre aux questions que fait naître l'application quotidienne de la loi.

La pratique, qui n'est que la lutte des règles générales contre les faits qui surgissent chaque jour, doit s'inspirer aussi dans l'étude de ces règles; elle doit y remonter pour y prendre les corollaires qu'elle applique; son plus extrême besoin est de les bien connaître, et ce qu'elle demande à la science est de les lui exposer clairement. De là deux conséquences : l'une, que la pratique ne peut marcher qu'en s'appuyant sur l'interprétation doctrinale; l'autre, que cette interprétation puise sa vie tout entière aux sources de l'histoire et de la théorie.

Ces quelques mots expliquent la pensée qui a provoqué la fusion des deux Revues : c'est de réunir deux études qui se complètent l'une l'autre, et ne doivent en former qu'une seule; c'est de renfermer dans un même cadre l'examen des principes du droit et l'examen de l'application qui en est faite chaque jour; c'est, en un mot, de fonder un organe complet de la science juridique, qui soutienne à la fois la lutte des théories et les débats de la pratique, et qui, par ses critiques consciencieuses, puisse exercer une utile influence sur la marche de la législation et sur la marche de la jurisprudence.

Telle est la tâche nouvelle que les rédacteurs des deux Revues se sont proposé de poursuivre et de rendre commune. Tous ont voulu y concourir également : la fusion double donc les forces de la collaboration. M. Laferrière, auteur de l'*Histoire du Droit français* et du *Cours de droit public et administratif*, M. Bergson, docteur en droit, très-versé dans la connaissance de la législation de l'Allemagne, qui ont participé l'un et l'autre à la direction de la *Revue de Droit français et étranger*, fondée en 1834 par le regrettable M. Fœlix et qui, comme la *Thémis*, a cessé sa publication, vien-

Digitized by Google

dront s'associer à l'œuvre qui commence aujourd'hui, et la fortifieront par le concours de leur savoir et de leur talent.

Jamais peut-être cette œuvre ne fut plus nécessaire. Lorsque les principes semblent se troubler devant un amas de plus en plus confus d'innombrables arrêts, lorsque les praticiens sont fatalement conduits à substituer les décisions d'espèces aux décisions de droit, le moment est opportun de réagir contre cette tendance, et de ramener les études au culte des principes. Il nous semble utile de faire comprendre à la pratique qu'elle s'égare à la suite des arrêts ; que « l'autorité, comme l'a très-bien dit M. Marcadé, n'est point une raison : elle n'est que l'auxiliaire de la raison ; » que les recueils des décisions judiciaires ne présentent qu'incertitude et confusion, et que l'étude des règles est devenue le moyen le plus facile et le plus simple d'arriver à la saine application des lois. *Non enim tàm auctoritatis in disputando quàm rationis momenta quærenda sunt. Quin etiam obest plerumque iis qui discere volunt, auctoritatis eorum qui se docent profitentur. Desinunt enim suum judicium adhibere : id habent ratum quod ab eo, quem probant, judicatum vident* (1).

Les anciens légistes, hommes de labeur et de doctrine, exprimaient en termes un peu vifs leur avis sur l'emploi des arrêts. Le savant Hervé, l'auteur de la *Théorie des matières féodales*, disait : « Je ne connais point de guide plus trompeur que les arrêts, et je voudrais qu'on jetât au feu, non les bons recueils de lois et de principes, mais tous les recueils d'arrêts sans exception. Ceux qui se destinent à des fonctions qui exigent la connaissance des lois, ne comptant plus sur ce secours perfide, d'autant plus dangereux qu'il favorise la paresse naturelle de l'homme, seraient obligés de se faire un fonds de principes sur chaque partie du droit et de chercher

(1) Cicéron, *de Naturâ deorum*, liv. I, n. 5.

Digitized by Google

des secours et des règles de décision dans l'étude et la méditation [1]. »

Nous sommes assurément bien loin de nous associer à un pareil vœu, quoique le flot des arrêts ait bien monté depuis Hervé. Nous professons un très-grand respect pour les décisions judiciaires et pour les recueils qui les contiennent. Les riches notions dont ils abondent appartiennent à la science, qui ne saurait plus faire un pas sans eux, et nous n'hésitons pas à placer parmi nos plus éminents jurisconsultes, les savants magistrats qui ont fondé les règles les plus sages de notre jurisprudence, les Barris, les Busschop, les Brière, les Lasagni.

Mais au milieu de cette foule de décisions souvent contradictoires qui encombrent toutes les avenues de la pratique, embarrassent la marche des procès et troublent l'esprit des juristes, n'est-il pas nécessaire d'élever une critique ferme et consciencieuse qui signale celles qui ne jugent que des espèces, et celles qui posent des règles ; celles qui ne font qu'appliquer les principes avoués de la science, et celles qui dévient de ces principes ; celles qui doivent faire autorité, et celles qu'il ne faut pas suivre ? Déjà de savants arrêtistes, M. Devilleneuve, les rédacteurs du *Journal du Palais*, M. Armand Dalloz, ont senti le besoin d'entrer dans cette voie : un peu effrayés de la moisson d'arrêts qu'ils récoltent chaque mois, et désireux de les ranger avec autant d'ordre que possible, ils ont entrepris avec beaucoup de sagacité et de talent d'attacher une étiquette aux principaux, d'indiquer la portée de quelques-uns, de signaler leurs tendances, de combattre leurs déviations. La tâche que ces habiles légistes ont commencée, la *Revue critique* veut la continuer sur un autre plan et dans une forme plus étendue. Son

[1] Préface, p. 7.

Digitized by Google

dessein est d'embrasser la jurisprudence dans son ensemble, d'examiner attentivement sa marche dans chacune des branches de la législation, de soumettre ses décisions notables à une discussion qui en fasse apprécier la solidité. Elle prétend soumettre au frein d'une salutaire critique les arrêts qui lui sembleront s'égarer, comparer leur doctrine à la doctrine légale, signaler les erreurs et ramener enfin sous le joug des principes une jurisprudence qui, emportée par le fait, les méconnaît trop souvent.

La principale tendance de cette *Revue* sera donc d'assigner à ses travaux une application utile et immédiate. La pente naturelle des légistes est d'entrer dans le domaine des idées générales et des théories absolues. Elle fera à ce penchant une part large, mais limitée ; elle maintiendra en première ligne les droits de la pratique. Mais hâtons-nous de répéter que la pratique, à ses yeux, pour produire des fruits durables, doit s'appuyer sur la science, qui est tout entière dans l'étude et la méditation des principes ; qu'au lieu de l'abaisser dans la routine du palais, et de réduire son travail aux recherches d'un dictionnaire d'arrêts, elle voudrait l'élever jusqu'aux notions générales qui constituent le droit, jusqu'à la connaissance des règles positives qui sont leurs corollaires, jusqu'à l'application raisonnée de ces règles qui dominent la loi ou se confondent avec elle.

Est-il nécessaire d'ajouter que le plan naturel de cette *Revue*, par l'effet même de la réunion qui s'est opérée, est d'embrasser toutes les matières du droit? Ses rédacteurs, forts de leur passion pour le travail, refuge de tous les esprits qui pensent, et de l'indépendance de leurs doctrines, s'élancent avec quelque assurance sur un terrain presque illimité. Toutes les branches de la science, le droit civil et le droit pénal, le droit administratif et le droit fiscal, le droit commercial, industriel et économique, y trouveront une place proportionnée à

Digitized by Google

leur importance. Toutes les législations, les législations anciennes aussi bien que les modernes, la loi étrangère aussi bien que la loi française, seront l'objet de leurs travaux. Enfin, toutes les études qui sont les fondements ou les accessoires de l'étude du droit, rentrent également dans le cercle qu'ils se sont tracé. Il ne faut pas même oublier la bibliographie juridique : une revue mensuelle indiquera les publications nouvelles sur toutes les matières du droit, et les directeurs de la Revue ont la prétention, quelquefois déjà annoncée, mais qui n'a jamais encore été réalisée, de soumettre toutes ces publications à une critique impartiale et rigoureuse.

Et maintenant, que les légistes qui ont l'amour et le culte du droit, qui se nourrissent de ses études, qui se plaisent dans ces travaux, viennent se rallier à ce drapeau, comme à un centre de sérieux labeurs ; qu'ils lui apportent leurs pensées, leurs essais, leurs méditations ! Ses pages leur sont ouvertes. Tout écrit, toute dissertation, toute recherche utile y sera insérée. Ce n'est qu'avec leur concours qu'elle peut accomplir la laborieuse mission qu'elle s'est donnée : propager les saines notions juridiques, relever les études scientifiques, ramener la pratique à l'application des principes du droit.

FAUSTIN HÉLIE.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LA JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers d'août 1852.

Par M. Paul PONT,
Docteur en droit, juge au Tribunal de Chartres.

SOMMAIRE.

1. *Communauté; préciput; renonciation.* — La stipulation par laquelle des époux se font donation entre-vifs par contrat de mariage, au profit du survivant, de l'usufruit d'un immeuble ameubli, est-elle une donation ou une simple convention matrimoniale?
2. Une telle stipulation peut-elle, en cas de survie de la femme, lui profiter si elle renonce à la communauté.
3. *Contrat de mariage; présence des futurs; ratification.* — Le contrat de mariage auquel les futurs époux n'ont pas été présents, est-il ratifié par le seul fait de la célébration ultérieure du mariage?
4. *Dot; communauté.* — Quel est l'effet, par rapport à la stipulation du régime dotal, de la nullité du contrat de mariage résultant de ce que la future n'y a pas été présente? Spécialement : la somme qui lui a été constituée en dot par son père tombe-t-elle dans la communauté?
5. *Créanciers; fraude.* — Quels créanciers peuvent exercer l'*action paulienne*, aux termes de l'article 1167 C. Nap.?
6. *Actes notariés; blancs; barres; approbation.* — Les barres destinées à remplir les blancs, dans les actes des notaires, doivent-elles être l'objet d'une approbation spéciale, à peine de contravention à l'article 13 de la loi du 25 ventôse an XI?
7. *Enregistrement; procédure.* — L'action en garantie formée par celui qui a été l'objet d'une contrainte en matière d'enregistrement, contre un tiers qu'il prétend responsable du payement des droits, doit-elle être jugée dans la forme spéciale aux matières d'enregistrement?
8. *Enregistrement; expertise; échange.* — L'échange est-il soumis, en ce qui concerne l'expertise faite pour constater la valeur réelle, aux règles établies

Digitized by Google

pour les actes translatifs à titre onéreux, ou à celles établies pour les actes translatifs à titre gratuit?

9. *Enregistrement; expertise; frais.* — Qui doit supporter les frais de l'expertise dans le cas d'échange, et plus généralement dans les mutations d'immeubles à titre gratuit?

1. — (AMIENS, 23 JANV. 1851; *J. P.*, 1852, 2, 207.) — Le droit commun, dans les sociétés ordinaires, attribue à chacun des associés une part proportionnelle à ses apports dans les bénéfices ou dans les pertes. L'assertion contraire de M. Toullier (t. XIII, n° 409), qui, dans le silence de la convention, considère que les pertes doivent être égales et non proportionnées à la mise de chaque associé, est un oubli manifeste des principes que le Code Napoléon a fait prévaloir (art. 1853), et par lesquels il a mis fin aux anciennes controverses qui s'étaient élevées sur ce point. Mais ce système d'égalité absolue dans les partages, que M. Toullier applique à tort aux sociétés ordinaires, est le droit commun en matière de communauté; c'est une conséquence naturelle des éventualités et des chances auxquelles l'association entre époux est soumise. Comme une telle association est universelle, en ce sens que la société profite en jouissance de tout ce dont elle n'a pas la propriété, comme ainsi celui des époux dont l'apport, à l'origine, a été le moins élevé, peut être celui qui, à la dissolution de la société, se trouvera avoir mis le plus dans le fonds commun, la loi a dû consacrer ce système d'égalité absolue dans le partage, sans tenir compte de l'apport de chacun des époux. Toutefois, cette égalité n'est pas d'ordre public; les parties peuvent y déroger par le contrat de mariage: la loi les y autorise expressément, et même elle consacre la dérogation par divers moyens qu'elle met à la disposition des parties. Entre autres moyens se place la stipulation prévue par les articles 1515 et suivants, sous la dénomination de *préciput conventionnel*. Quelle est la nature d'une pareille stipulation? et à quelle condition le droit qu'elle confère peut-il être exercé, spécialement par la femme? Voici une espèce dans laquelle les juges de première instance et les juges d'appel ont successivement émis sur ce point des avis contradictoires.

En fait, dans un contrat de mariage stipulant la communauté,

Digitized by Google

ce régime se trouvait modifié par les déclarations suivantes. D'une part, l'époux exprimait qu'ayant acquis, peu de temps avant son mariage, un immeuble dont le prix était payable en trois ans, cet immeuble serait ameubli, et prendrait en conséquence nature de conquêt entre les époux, puisque désormais le prix n'en pouvait plus être payé qu'avec les deniers de la communauté. — D'une autre part, les futurs époux déclaraient se faire, par le contrat de mariage, donation entre-vifs pour le survivant d'eux, ce accepté respectivement, de la jouissance en usufruit de la totalité dudit immeuble, pour par le survivant en jouir pendant sa vie, soit qu'il y ait enfants, soit qu'il n'y en ait pas. — Après trente ans de mariage, le mari est mort laissant une succession obérée. En conséquence, la femme survivante a renoncé à la communauté, et cependant, lors de la liquidation de la succession, elle a demandé, après avoir fait transcrire le contrat de mariage que les époux n'avaient pas cru devoir soumettre à la formalité pendant la durée de la communauté, les indemnités et préciput auxquels elle disait avoir droit d'après ce contrat, et notamment l'usufruit de l'immeuble qui y était désigné.

Cette demande a été accueillie par les juges de première instance, qui se sont fondés sur ce que la stipulation du contrat « contenait une donation irrévocable concernant un bien présent; que la condition de survie ne saurait vicier la disposition et la faire dépendre de la bonne ou mauvaise administration du mari; que le droit du donataire remontait au jour du contrat de mariage; et que d'ailleurs la donation avait été transcrite avant toute inscription de la part d'aucun créancier. »

Par là, les juges de première instance se rangeaient, en quelque sorte, à l'avis des auteurs qui voient dans le préciput, même quand il est réciproque, une donation, au moins quant *au fond*, et se déterminent, pour le décider ainsi, sur l'article 1516, dont le texte même conduit à penser que c'est seulement quant aux formalités que le préciput n'est pas envisagé comme une donation. (*V.* MM. Delvincourt, t. III, p. 94, note III, édit. de 1824; Taulier, t. V, p. 203; Bugnet, sur Pothier, t. VII, p. 246 à la note). Rien n'est moins exact qu'une telle interprétation.

Digitized by Google

L'article 1516 dit : « Le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage. » Or, pour tirer de cette disposition la conséquence que c'est seulement quant aux formalités que le préciput ne doit pas être envisagé comme une libéralité, il faudrait supposer, comme nous l'avons établi dans notre *Traité du contrat de mariage* (t. II, n° 277), que l'article 1516 n'a absolument aucune signification. En effet, quelle est donc la formalité que le législateur aurait eue en vue dans cet article? — Est-ce l'authenticité? Non, car quelle que soit la convention contenue dans un contrat de mariage, un tel acte doit nécessairement aujourd'hui être passé par-devant notaire (art. 1394). — Est-ce l'acceptation? Non : car l'acceptation est toujours présumée; elle existe de plein droit en ce qui concerne les conventions matrimoniales; elle résulte virtuellement du consentement donné au mariage et de la signature apposée au contrat. Aussi voit-on que les donations faites par contrat de mariage ne peuvent, d'après l'article 1087, être attaquées ni annulées pour défaut d'acceptation. — Est-ce la transcription? Non : car le législateur ne pouvait songer à cette formalité en parlant du préciput, puisqu'en principe et d'après l'article 1519, la clause de préciput n'altère jamais le droit des tiers auxquels elle ne peut être opposée. — Est-ce enfin l'état estimatif? Non, car cet état ne peut être exigé qu'à l'égard des effets mobiliers dont le donataire est saisi actuellement; or le préciput crée un droit tout à fait incertain, et qui, dans tous les cas, ne doit s'ouvrir que dans un temps à venir. — Il est par là même évident que le législateur, en disant que le préciput doit être regardé, non comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une simple convention matrimoniale, a eu en vue de déclarer précisément que cette convention ne constitue pas *au fond* une libéralité. D'ailleurs, on ne s'expliquerait pas qu'il en fût autrement en présence de l'article 1525, qui, prévoyant la stipulation qui attribue à l'époux survivant la totalité de la communauté, c'est-à-dire un avantage autrement considérable que l'avantage résultant d'un préciput, dispose expressément qu'une telle stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux dona-

Digitized by Google

tions soit quant à la forme, soit *quant au fond*. — Ainsi, il faut tenir pour certain qu'il en est de la clause de préciput comme de celle par laquelle la totalité de la communauté serait attribuée au survivant des époux; l'une et l'autre sont des conventions de mariage auxquelles on ne saurait appliquer les règles relatives aux donations : c'est là ce que l'article 1516 a voulu dire, et en cela il n'a fait que suivre les traditions. Tous les auteurs anciens ont émis cette doctrine résumée par Pothier que « quoique la convention de préciput, quelles que soient les choses et les sommes dans lesquelles on la fait consister, renferme un avantage que celui des conjoints qui doit prédécéder fait au survivant..., néanmoins elle est regardée plutôt comme convention de mariage que comme donation, et en conséquence elle n'est pas sujette à la formalité de l'insinuation » (*Communauté*, n° 442). C'est là assurément la proposition que les rédacteurs du Code ont voulu reproduire; seulement ils l'ont copiée trop exactement en y énonçant une dispense de formalité qui avait un sens sous la plume de Pothier, en tant que la dispense se rapportait à la formalité de l'insinuation, mais qui n'en a plus aujourd'hui que l'insinuation est supprimée (*V.* en ce sens MM. Duranton, t. XV, n° 190; Zachariæ, t. III, p. 548, note 3; Odier, t. II, n° 872; Marcadé, art. 1515, n° 1; Troplong, t. III, n°s 2122 et suiv.).

Ceci posé, il est clair que la décision des premiers juges dans l'espèce que nous avons retracée plus haut ne pouvait pas être maintenue. Aussi le jugement, frappé d'appel, a-t-il été infirmé par la Cour d'Amiens dont l'arrêt décide que la stipulation par laquelle les époux déclarent, dans leur contrat de mariage, *se faire donation entre-vifs pour le dernier survivant* d'un immeuble ameubli par ledit contrat, est, nonobstant ses formes et la qualification qu'elle a reçue des parties, *une simple convention matrimoniale*, laquelle demeure sans effet, en cas de survie de la femme, si celle-ci renonce à la communauté.

2. Le principe de cet arrêt trouve dans les observations qui précèdent sa justification complète. Quant à la conséquence, quelques mots suffiront à la justifier. — La convention matrimoniale en laquelle se résumait ce que le contrat de mariage avait inexactement qualifié *donation entre-vifs*, dans l'espèce,

Digitized by Google

était le préciput conventionnel prévu par l'article 1515 du Code Napoléon. Or le préciput, dans l'économie de la loi, constitue un prélèvement sur la masse à partager. Donc, lorsque le préciput s'ouvre en faveur de la femme, il est de toute nécessité, sauf le cas d'une stipulation contraire dans le contrat de mariage, qu'elle accepte la communauté pour qu'elle puisse exercer son droit. Si elle renonce, le droit s'éteint, puisqu'alors il ne saurait y avoir de partage à faire, ni par conséquent de prélèvement à exercer. C'est ainsi que dans une espèce où le contrat de mariage, stipulant une communauté universelle de tous biens présents et à venir, portait en outre, que les époux convenaient qu'en cas d'inexistence d'enfants, lors du décès de l'un d'eux, le survivant aurait par préciput et hors part, les trois quarts en propriété et l'autre quart en usufruit des biens qui adviendraient aux héritiers des prédécédés, la Cour de Colmar a jugé par un arrêt, vainement déféré à la censure de la Cour suprême, qu'une telle stipulation constituait un simple préciput conventionnel et non une donation mutuelle, et, par conséquent, que la femme survivante n'y avait plus aucun droit dès qu'elle renonçait à la communauté. (Arrêt de rejet du 8 novembre 1830. *V.* cet arrêt à sa date dans le *Journal du Palais* et dans le Recueil de M. Devilleneuve, *V.* aussi au *Rép.* de MM. Dalloz, v° *Contrat de mariage*, t. XIII, n° 2910). L'arrêt de la Cour d'Amiens ne serait pas moins que celui de la Cour de Colmar à l'abri de la cassation. *V.* en ce sens notre *Tr. du contr. de mariage*, t. II, n° 290; *V.* aussi MM. Marcadé, art. 1515, n° 3, et Troplong, t. III, n° 2115.

3. — (TOULOUSE, 5 MARS ET 20 JUILL. 1852; *Devill.*, 1852, 2, 257 et 450.) — Les conséquences à déduire d'un autre principe, à savoir la nécessité, sous le Code, que les époux soient présents à leur contrat de mariage, ont présenté plus de difficulté dans la pratique. Les deux arrêts que nous relevons ici, bien qu'émanés de la même Cour, sont en dissidence sur les suites que peut entraîner l'oubli de ce principe.

Notons d'abord que quelque rigoureux que soit le principe, il n'exclut pas la possibilité, pour les époux, de faire faire leurs arrangements matrimoniaux par procuration. Il est même des

Digitized by Google

contrées où la future, retenue chez elle, par un sentiment de pudeur, est habituellement représentée, auprès des notaires, par ses père et mère chargés de sa procuration. Mais il faut, dans ce cas, que la future ratifie avant la célébration. La jurisprudence moderne a bien gardé la trace de ce contrat qui, connu autrefois sous le nom de *contrat de fiançailles*, pouvait être fait par un tiers, pour un futur absent, et obtenait par la célébration ultérieure du mariage, une ratification dont l'effet remontait au temps même du contrat (C. Cass. 22 avril 1834, *J. P.*, à sa date ; Devill. et Car., 34, I, 235). Mais aujourd'hui, la loi civile ne donne pas les mêmes facilités, et rien ne peut suppléer la ratification, avant la célébration du mariage, de l'époux qui n'a pas été présent au contrat. « Des difficultés graves, dit M. Troplong, *Contr. de mar.*, t. I, n° 194, se sont élevées sur l'existence du mandat des père et mère. Le plus souvent la jeune fille ne donne pas de mandat exprès, et ses parents se portent fort pour elle, promettant de rapporter sa ratification. Si cette ratification est représentée avant le mariage, rien de plus légal. Mais si elle n'a lieu qu'après le mariage, ou bien si elle ne résulte que d'actes implicites émanés de la femme pendant son union, alors on peut soutenir, et l'on a soutenu avec succès, qu'il n'y a pas de contrat de mariage à l'égard de la future, puisqu'elle n'y a pas été partie, et qu'elle n'a pas ratifié en temps utile, n'ayant ratifié qu'après le mariage. Ceci doit servir de leçon dans les localités encore asservies à l'usage dont je parle. Il est bon de respecter la pudeur, même avec exagération ; mais il faut aussi respecter les lois écrites avec une entière soumission. » — Ainsi, la première conséquence à tirer du défaut de présence des époux ou de l'un d'eux au contrat de mariage, c'est la nullité de ce contrat, sans que cette nullité soit couverte, s'il n'y a pas eu ratification formelle de la part de l'époux absent, par le seul fait de la célébration ultérieure du mariage. Ceci ne fait pas difficulté (Nîmes, 29 déc. 1841, 3 mai 1847 et 8 janvier 1850 ; Toulouse, 11 juin 1850 ; *J. P.*, 1842, II, 105 ; 1850, I, 569 ; 1852, I, 639 ; Devill. et Car., 49, II, 129 ; 50, II, 91 et 505). Les deux arrêts de la Cour de Toulouse sur lesquels nous appelons l'attention du lecteur s'accordent sur ce point ; et l'un

Digitized by Google

d'eux, celui du 5 mars 1852, va même jusqu'à décider qu'il en est ainsi encore qu'il ait été expressément stipulé, dans le contrat, que les conventions matrimoniales qu'il renferme seront censées préalablement acceptées par les futurs époux, par le fait même de la célébration.

4. Une autre conséquence découle sans difficulté de la nullité du contrat; et en ceci encore, les deux arrêts de la cour de Toulouse marchent d'accord : c'est que le contrat étant anéanti par l'effet de la nullité qui l'affecte, les époux se trouvent soumis au régime de la communauté légale comme s'ils se fussent mariés sans contrat (C. Nap., art. 1393). Ainsi, il n'est pas douteux que la nullité du contrat entraîne avec elle la nullité de la stipulation du régime dotal faite au nom de la future épouse par son père qui l'avait représentée au contrat. On peut voir, dans le sens de cette décision, indépendamment des deux arrêts de la cour de Toulouse, un autre arrêt de la même cour, en date du 11 juin 1850, et un de la cour de Grenoble, du 7 juin 1851 (Devill. et Car., 51, 2, 613).

Mais le doute commence sur le point de savoir si la somme d'argent constituée par le père à la future, à titre de dot dans cette hypothèse, tombe dans la communauté ou si elle reste propre à la femme? Nous disons que le doute commence là, parce que les deux arrêts précités de la cour de Toulouse se sont divisés sur ce point. Mais, à vrai dire, la difficulté n'en est pas une à nos yeux en ce sens que la *communauté légale* étant admise, dans ce cas, comme principe de l'association conjugale, l'art. 1401 du Code Napoléon fournit la solution sans équivoqne ni ambiguïté.

Quoi qu'il en soit, le premier arrêt rendu par la cour de Toulouse sur la question, celui du 5 mars 1852, n'a pas admis que la somme constituée à titre de dot pût faire partie du fonds commun de cette communauté qu'il avait envisagée, cependant, comme résultant par voie de conséquence de la nullité du contrat stipulant le régime dotal. « Il importe peu, a-t-elle dit, qu'aux termes de l'art. 1401, chacun des deux époux perde, par son mariage, son droit exclusif de propriété sur le mobilier qu'il possédait antérieurement, puisque ce cas ne se réalise que dans

Digitized by Google

le silence des parties, ou dans l'absence de toute stipulation contraire. La loi, dit l'art. 1387, ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos. Or l'acte de donation (le contrat annulé), en déclarant que c'est comme dot, sous l'empire du régime dotal, que la somme est donnée à la future, exprime, de la manière la plus énergique, qu'elle demeurera toujours propre à la femme. Elle n'a donc pu tomber en communauté. » — Au contraire, le second arrêt, celui du 20 juillet 1852, a voulu que la dot constituée par le contrat annulé devînt l'un des éléments de l'actif de la communauté conjugale. Il a dit : « que d'abord les époux sont réputés s'être mariés sous le régime de la communauté légale; qu'en second lieu, il faut considérer comme non écrite la clause du contrat portant que les époux se sont mariés sous le régime dotal; qu'il n'est donc pas permis de chercher dans cette clause l'intention du père pour déclarer propre à sa fille une somme qu'il lui a donnée par le même acte; que les époux doivent, par un sort commun, se soumettre l'un et l'autre au régime qui se trouve substitué, par la volonté de la loi, au régime différent qu'ils croyaient avoir valablement adopté; qu'il serait donc contraire à toute équité que le mari fût tenu de verser ses capitaux dans une communauté imprévue, tandis que la femme aurait le privilége d'en exclure les siens à l'aide d'une interprétation illogique de l'acte qui a cessé de régler ses conventions matrimoniales. »

Entre ces deux décisions il n'y a pas, ce nous semble, d'hésitation possible : la première n'est pas conséquente avec elle-même ; elle doit être rejetée. — En effet, la même raison qui rattache à l'annulation du contrat de mariage l'existence d'une communauté *légale* à la place du régime dotal qui avait été stipulé, doit faire entrer dans cette communauté les valeurs mobilières dont le contrat annulé avait fait l'objet d'une constitution de dot : et cette raison, c'est qu'il ne reste rien du contrat. Évidemment ce contrat ne peut être à la fois effacé et maintenu : effacé, pour en conclure qu'une communauté *légale* s'est établie entre les époux, comme s'ils n'avaient pas fait de contrat de mariage (art. 1393); maintenu, pour induire de quelques-unes de ses stipulations

Digitized by Google

Les délais de l'opposition n'étaient pas encore expirés, quand le débiteur condamné fit à ses enfants une donation universelle dans laquelle se trouvaient compris par conséquent les immeubles sur lesquels le créancier avait pris inscription. Le jugement acquit ensuite l'autorité de la chose jugée. Des poursuites ayant été ultérieurement dirigées par le créancier contre les donataires, ceux-ci soutinrent et firent juger que les lettres de change souscrites par leur auteur étaient simulées et frauduleuses ou le résultat d'un abus de blanc seing, et que si à la vérité le jugement qui avait condamné leur auteur avait acquis l'autorité de la chose jugée à l'égard de celui-ci, ils n'en avaient pas moins, eux, un droit d'opposition dont ils n'avaient pu être dépouillés par le fait de leur auteur ou par sa négligence à se pourvoir lui-même en temps utile contre le jugement.

Cette décision, déférée à la Cour suprême, a été maintenue sur l'autorité des faits déclarés constants par les juges du fond, et sur ce motif « que la conséquence, par laquelle l'arrêt attaqué a déclaré que la fraude ne pouvait avoir aucun effet au préjudice de ceux contre qui elle avait été pratiquée, est aussi inattaquable que la constatation des faits frauduleux qui lui sert de base. »

Comme on le voit, la doctrine n'a pas à s'arrêter beaucoup à cette décision toute d'espèce. En fait, la créance prétendue dont le payement avait été poursuivi était déclarée frauduleuse comme résultant d'un abus de blanc seing; en fait, il était reconnu que le jugement par défaut obtenu par le prétendu créancier n'était qu'une continuation de la fraude à l'aide de laquelle il avait acquis son titre. Ces points reconnus, il ne se pouvait pas que les tiers au préjudice desquels la fraude avait été commise ne fussent pas admis à attaquer et à faire tomber le jugement par la voie de la tierce opposition.

Seulement on remarquera que dans l'espèce le jugement que le prétendu créancier avait obtenu, aussi bien que l'inscription par lui prise en vertu de ce jugement, étaient antérieurs à la donation qui faisait le titre des tiers opposants. A ce point de vue l'arrêt de rejet du 14 juillet 1852 se rattache à l'arrêt de cassation par lequel la Cour suprême a récemment jugé qu'un créancier peut attaquer comme frauduleux un acte consenti par

Digitized by Google

son débiteur, antérieurement à son titre de créance, quand cet acte a eu précisément pour objet de dépouiller à l'avance les créanciers futurs de leurs droits sur l'actif du débiteur (Cass., 2 fév. 1852; Devill., 52, 1, 234; Dalloz, 52, 1, 49). Le Recueil de M. Dalloz fait également ce rapprochement, et à cette occasion, rappelant une dissertation sur l'action paulienne publiée par M. Mimerel dans cette *Revue* (t. II, p. 412), il reproche à M. Mimerel de n'avoir pas exactement saisi le sens de ce dernier arrêt en ce qu'il l'aurait présenté « comme ayant supprimé d'une manière absolue la distinction entre les créanciers antérieurs et ceux postérieurs à l'acte frauduleux. »

Nous ne savons jusqu'où va cette critique dans la pensée du Recueil où nous la trouvons; mais en la prenant dans son expression littérale, elle est assurément mal fondée. A la vérité, dès le début de cette dissertation, que nous avons lue avec tout l'intérêt que commandaient non seulement le sujet en lui-même, mais encore le savoir et la conviction avec lesquels il était traité, M. Mimerel exprime que, d'après l'arrêt du 2 février 1852, « tous les créanciers auxquels *le maintien d'un acte ferait éprouver un préjudice ont droit et intérêt, quelle que soit la date de leur titre, à le faire tomber s'il est frauduleux.* » Et peut-être, frappé de cette formule, qui était empruntée au texte même de l'arrêt, l'arrêtiste n'a-t-il pas cru devoir pousser plus loin son examen. Mais en y regardant de plus près, il aurait pu voir que dans le développement de sa pensée M. Mimerel a eu le soin à chaque instant d'en préciser la portée. Ainsi, à la page 114, il dit que « l'article 1167 exclut toute distinction entre les créanciers et ouvre à tous également la faculté d'attaquer les actes de leur débiteur *faits en fraude de leurs droits;* » plus précis encore, il dit à la page 421 : « Est-ce qu'il existe une raison pour refuser aux créanciers postérieurs les mêmes droits qu'aux créanciers antérieurs? Ils allèguent que la fraude *a été precisément ourdie contre eux...* Pourquoi ne seraient-ils pas reçus à la preuve? Ce n'est certes pas l'article 1167, avec la généralité de sa rédaction, qui entrave leur marche. Il ne réclame qu'une seule condition, la fraude, et ils offrent justement de prouver qu'il y a eu fraude *à leur égard...* » Et à la

Digitized by Google

page 422 : « Nous sommes en présence d'une fraude réellement organisée *contre les droits à naître des créanciers futurs*, et les motifs qui fondent, dans les cas ordinaires, l'action des créanciers antérieurs s'offrent également aux postérieurs pour les aider à la déjouer et à en paralyser les effets... » — Il n'est donc pas exact de prétendre que M. Mimerel supprime *d'une manière absolue* toute distinction entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à l'acte frauduleux. Ce qu'il dit, et ce qui résulte de l'arrêt du 2 février 1852, c'est que tous les créanciers *en fraude desquels* un acte a été fait peuvent l'attaquer, quelle que soit la date de leur titre, fût-il postérieur à celui de l'acte fauduleux, *pourvu que la fraude ait été dirigée contre eux*. La fraude existant, M. Mimerel supprime, il est vrai, entre les créanciers *contre qui elle est dirigée*, toute distinction tirée de la date du titre du créancier; mais il ne va pas au delà. Ce n'est pas là assurément ce que le Recueil de M. Dalloz a entendu critiquer, car il admet lui-même cette doctrine dans la note que nous relevons; cette note suppose donc que la théorie de M. Mimerel va au delà et, par exemple, que M. Mimerel irait jusqu'à soutenir qu'un créancier, quelle que fût la date de son titre, pourrait attaquer un acte frauduleux dirigé contre un autre et non contre lui. Mais la supposition est purement gratuite, et par cela même la critique est mal fondée.

6.—(REQ., 21 JUILL. 1852; *Dalloz*, 52, 1, 239.)—Nous trouvons dans le même Recueil, sous cette date, un arrêt que nous avons été chargé de recueillir pour le *Journal du Palais* (*V.* 1852, 2, 353).

La décision en est d'une haute importance pour la pratique notariale : à ce titre, elle ne saurait être passée sous silence dans cette *Revue* principalement consacrée à l'interprétation des lois par la pratique des affaires (*V.* notre Introduction au vol. 1er). Nous la signalons donc à l'attention de nos lecteurs.

Un notaire ayant dressé un acte de liquidation dans lequel on remarquait trois blancs ou lacunes, remplis par des barres ou lignes transversales non approuvées, fut poursuivi par le ministère public, comme ayant contrevenu à l'art. 13 de la loi du 25 vent. an XI, modifié par l'art. 10 de la loi du 16 juin 1824.

Digitized by Google

Renvoyé de la poursuite en première instance, le notaire fut moins heureux en appel: la Cour d'Orléans jugea, par arrêt du 29 janvier 1852, que le fait constituait une contravention aux dispositions précitées « attendu.... que c'est dans un intérêt d'ordre public, et pour ne pas permettre que des modifications pussent être faites d'une manière quelconque aux actes notariés après qu'ils ont été signés par les parties, que la loi a prescrit d'écrire les actes en un seul et même contexte, sans aucun blanc, lacune ni intervalle, et qu'il est indispensable pour cela que l'état matériel et le contexte des actes comportent la preuve qu'ils étaient tels au moment où ils ont été reçus; que le but de la loi pourrait être facilement éludé, s'il était permis de placer dans un acte des barres transversales en remplacement du blanc qui y aurait été laissé, sans approbation, puisqu'au lieu de barres transversales, le notaire pourrait insérer après coup des mentions dans le corps de l'acte, et que la loi, par une juste prévoyance, n'a pas même voulu laisser au rédacteur de l'acte cette possibilité.... »

En principe, selon cet arrêt, les barres tirées pour remplir les blancs que les nécessités de la pratique commandent souvent de laisser dans les projets d'actes, ne seraient pas suffisamment couvertes par la signature des parties, apposée au bas des actes, et elles devraient être l'objet d'une approbation spéciale; faute de quoi les barres, assimilées aux blancs ou aux lacunes, constitueraient la contravention prévue et punie par les dispositions combinées des lois de l'an XI et de 1824.

C'est ce qui a été contesté devant la Cour suprême; et à la vérité cela pouvait être combattu par de très-sérieuses considérations. Le notaire, disait-on en effet, est contraint toutes les fois que les documents produits sont incomplets, ou même quand les parties ne sont pas encore d'accord sur toutes les clauses d'un acte, de laisser des blancs destinés à recevoir le complément de l'acte, quand les documents seront produits ou quand les parties se seront accordées. Que la contravention se produise, si au moment où l'acte est lu aux parties, l'espace réservé n'est pas rempli soit par l'écriture ajoutée, soit par des barres ou lignes transversales, cela est incontestable; mais si à ce moment

Digitized by Google

même et avant toute signature l'espace est rempli, il n'y a pas de contravention, puisque l'acte est mis dans un état tel qu'il n'est plus possible d'y rien ajouter après coup et qu'ainsi le vœu de la loi est rempli; et il importe peu que l'espace soit rempli par des barres, car ce que la loi prohibe ce sont les blancs, ce ne sont pas les barres. Tout se réduit donc à savoir si les barres ont précédé ou suivi la signature de l'acte, et à cet égard, faute par le ministère public qui poursuit, de faire la preuve qu'il lui incombe de rapporter, l'acte fait foi et atteste, par les signatures dont il est revêtu, que tout a été fait en même temps, les barres aussi bien que le contexte. L'approbation spéciale des barres ajouterait sans doute à la certitude sous ce rapport; mais cette approbation spéciale n'étant nulle part exigée par la loi, le juge excède ses pouvoirs lorsqu'il fait résulter une contravention de son absence, d'autant plus que cette approbation se trouve virtuellement dans cette formule générale « ainsi fait et passé, etc.,» qui termine l'acte.

Nonobstant ces considérations, la Cour de cassation, par son arrêt du 21 juillet 1852, a maintenu la doctrine consacrée par la Cour d'Orléans. Cette même doctrine avait été émise déjà par un arrêt de la Cour de Paris, du 11 déc. 1847 (*J. P.*, 1848, 1, 321; Dalloz, 48, 2, 28); en sorte qu'il y a en quelque sorte aujourd'hui une jurisprudenee formée sur ce point. Cette jurisprudence a confirmé les tendances de l'administration, manifestées par des circulaires ministérielles en date des 8 juill. et 30 août 1825, que nous avons reproduites dans le *Journal du Palais* en note de l'arrêt rendu par la Cour de cassation (1852, 2, 353). Ainsi, la lutte que les notaires engageraient de nouveau sur ce point paraîtrait désormais impuissante. Et quelque difficulté qu'ils puissent rencontrer dans l'application d'une règle dont les conséquences iraient jusqu'à la nécessité de faire approuver non-seulement le nombre, mais encore la longueur des barres, une intercalation de quelques mots pouvant toujours être supposée lorsque l'étendue ou l'espace originairement laissé en blanc n'est pas reconnu et déterminé, les notaires doivent se pénétrer de l'esprit de cette jurisprudence. Il est dans sa pensée d'exiger une approbation spéciale pour les barres et de tenir la contra-

Digitized by Google

vention pour prouver toutes les fois que cette approbation manque. Les notaires devront donc avoir soin désormais de l'obtenir et de ne pas se contenter de la signature qui termine l'acte. Cette signature, qui porte avec elle l'approbation de toutes les clauses du contrat, ne porte pas également, d'après la jurisprudence, l'approbation des barres transversales et ne supplée pas à l'approbation nominale et expresse dont ces barres doivent être l'objet.

7. — (Req. 30 déc. 1851 ; *Devill. et Car.*, 52, 1, 526.) — On sait que les poursuites et instances en matière d'enregistrement sont soumises à des règles toutes spéciales. A cet égard, l'art. 65 de la loi du 22 frim. an VII, dispose que « l'introduction et l'instruction des instances auront lieu devant les tribunaux civils de département (aujourd'hui d'arrondissement) : la connaissance et la décision en sont interdites à toutes autres autorités constituées ou administratives. L'instruction se fera par simples mémoires respectivement signifiés.... Les jugements seront rendus dans les trois mois au plus tard, à compter de l'introduction des instances, sur le rapport d'un juge, fait en audience publique, et sur les conclusions du commissaire du directoire exécutif (le procureur impérial) : ils seront sans appel, et ne pourront être attaqués que par voie de cassation. » L'art. 17 de la loi du 27 vent. an IX, ajoute : « l'instruction des instances que la régie aura à suivre pour toutes les perceptions qui lui sont confiées, se fera par simples mémoires respectivement signifiés, sans plaidoiries. Les parties ne seront pas obligées d'employer le ministère des avoués. » Ainsi, point de constitution d'avoué, point de plaidoirie, point de deuxième degré de juridiction, telle est la règle pour les instances en matière d'enregistrement.

Il y a là, on n'en saurait disconvenir, une absence de garantie que la nature même du sujet et la grande difficulté qu'il présente ne permettent pas de s'expliquer. « La loi sur l'enregistrement, a dit un savant magistrat, est pour nous autres légistes, la plus noble, ou pour mieux dire, la seule noble entre toutes les lois fiscales. Celles-ci n'agissent que sur des objets matériels qu'elles imposent en tant que matière... Au contraire, la loi de l'enregistrement est loin d'être restreinte à ce perpétuel contact de la matière ; dans ses investigations pour asseoir la perception, elle s'enquiert moins de

Digitized by Google

la chose que du droit sur la chose... De là pour le fisc, la nécessité de s'élever jusqu'aux régions les plus abstraites du droit civil, et de contracter avec lui une intime et honorable association. » (*V.* M. Troplong, *Revue de législ.*, t. X, p. 147). S'il en est ainsi, et si, par suite, les juges ne peuvent statuer sur les matières d'enregistrement sans avoir à entrer dans les théories les plus ardues de notre droit, n'est-ce pas une anomalie de l'organisation judiciaire que ces matières, auxquelles d'ailleurs peut se rattacher et se rattache souvent un intérêt pécuniaire des plus considérables, soient privées non-seulement de cette garantie de l'appel, mais encore de cette autre garantie de la contradiction orale qui éclaire la difficulté et ne laisse plus au juge que le soin de choisir entre deux partis également élucidés?

Quoi qu'il en soit, ce n'est pas ici le lieu d'insister sur cette idée; et si, en rappelant l'état des choses nous en indiquons l'inconvénient, c'est seulement pour en tirer cette conséquence que plus la loi est insuffisante et rigoureuse, plus il importe d'en restreindre l'application.

Voici cependant un arrêt duquel il résulte que l'action en garantie formée par celui qui a été l'objet d'une contrainte en matière d'enregistrement, contre un tiers, qu'il prétend responsable du payement du droit réclamé, a pu être jugée comme la demande principale, dans la forme spéciale aux matières d'enregistrement. Mais hâtons-nous d'ajouter qu'il y avait, dans l'espèce, ces circonstances particulières que le garant avait défendu à la demande en garantie, sans opposer aucune exception relative à la forme de procéder et qu'il avait lui-même reconventionnellement demandé des dommages-intérêts contre celui qui l'avait appelé en garantie. Ces circonstances particulières ont été déterminantes dans l'espèce; l'arrêt s'en est formellement expliqué, et de plus il a reconnu, dans ses motifs, que sans cette renonciation résultant de l'absence de tout déclinatoire et de l'acceptation de la forme de procéder spéciale et sommaire suivie pour le jugement des affaires d'enregistrement, *le demandeur en garantie aurait été fondé à réclamer la défense orale.*

Cela est de toute évidence. Comme nous l'avons dit ailleurs (*V.* le *Traité de l'enreg.* publié dans le *Répertoire* de MM. Dal-

Digitized by Google

loz, t. II, nos 5735 et suiv.), la procédure spéciale établie par l'article 65 de la loi de frimaire n'est point un privilége de la régie, mais un privilége attaché à la nature de l'affaire. Si le procès s'engage entre la direction et le débiteur personnel ou réel d'un droit d'enregistrement, nul doute que l'instruction de la cause ne doive avoir lieu dans la forme prescrite par les lois de l'an VII et de l'an IX; mais si le débat s'élève avec un tiers tout à fait étranger à la dette, et qui n'a ni la volonté ni le pouvoir de la contester, la procédure doit suivre les errements accoutumés. Tel aurait été le cas sur lequel a statué la Cour suprême dans l'arrêt précité, si la partie n'avait renoncé à ces errements en acceptant, sans protestation aucune, le débat dans la forme où il était présenté.

8. — (Rej. 30 mars 1852; *J. P.*, 1852, 2, 138.) — La loi fiscale contient aussi, sur les frais en matière d'expertise, des règles particulières dont la combinaison a présenté de sérieuses difficultés. Le dernier arrêt que nous signalerons aujourd'hui à l'attention du lecteur contient sur l'une de ces difficultés une doctrine entièrement nouvelle.

La loi, on le sait, donne à la régie la ressource de l'expertise contre les dissimulations des parties intéressées soit dans l'expression du prix, soit dans celle de la valeur. Par suite, la loi prévoit deux cas généraux d'expertise correspondants l'un aux transmissions dont le droit est perçu sur le prix convenu et exprimé, l'autre aux transmissions à l'égard desquelles la perception s'établit par une évaluation dont la base est le revenu des biens. Aux termes de l'article 17 de la loi du 22 frimaire an VII, article qui régit le premier cas : « Si le prix énoncé dans un acte translatif de propriété ou d'usufruit de biens immeubles, *à titre onéreux*, paraît inférieur à leur valeur vénale à l'époque de l'aliénation, par comparaison avec les fonds voisins de même nature, la régie peut requérir une expertise, pourvu qu'elle en fasse la demande dans l'année à compter du jour de l'enregistrement du contrat. » L'article 18 ajoute : « ..... Les frais de l'expertise seront à la charge de l'acquéreur, mais seulement lorsque l'estimation *excédera d'un huitième au moins* le prix énoncé au contrat... » Et aux termes de l'article 19 qui régit le second cas

Digitized by Google

« il y aura également lieu à réquérir l'expertise des revenus des immeubles transmis en propriété ou usufruit, à tout autre titre qu'à titre onéraux, lorsque l'insuffisance dans l'évaluation ne pourra être établie par actes qui puissent faire connaître le véritable revenu des biens. » — Enfin, l'article 39 qui se rapporte aux *mutations par décès*, sans régler aussi complétement un troisième cas d'expertise, dit incidemment dans une de ses dispositions : « ... La peine pour les omissions qui seront reconnues avoir été faites dans les déclarations sera un droit en sus de celui qui se trouvera dû pour les objets omis : il en sera de même pour les insuffisances constatées dans les estimations des biens déclarés. — Si l'insuffisance est établie par un rapport d'experts, les contrevenants payeront en outre les frais de l'expertise. »

Cette théorie de la loi, en apparence si complète, avait semblé cependant laisser deux points importants indécis. D'abord on s'est demandé quelles sont les règles à suivre à l'égard de l'échange ; et ensuite quel doit être le sort des frais de l'expertise dans ce cas d'échange et plus généralement dans le cas de mutation à titre gratuit. L'arrêt du 30 mars 1852 statue sur ces deux points.

Sur le premier, comme nous l'avons indiqué dans le Traité déjà cité (*V.* n°s 4700 et suiv.) on peut faire remarquer d'une part que si l'échange constitue un contrat translatif *à titre onéreux*, cependant le droit de ce contrat, qui ne peut être perçu sur un prix exprimé puisqu'il ne comporte pas l'expression d'un prix, se liquide sur le revenu, d'où suivrait que l'échange ne rentrerait pas directement, par rapport à l'expertise, dans la catégorie des actes prévus par l'art. 17 ci-dessus transcrit, lequel règle le cas d'*un prix énoncé* dans un contrat translatif d'immeubles. D'un autre côté, on peut dire que, comme acte *à titre onéreux*, l'échange ne tombe pas non plus sous l'application de l'art. 19 qui a pour objet les actes translatifs à *tout autre titre* qu'à titre onéreux. Enfin il est certain qu'une transmission par échange est sans aucun rapport avec une transmission par décès, ce qui exclut l'application de l'art. 39. Et néanmoins la jurisprudence n'a jamais admis que la voie de l'expertise ne fût pas ouverte en matière d'échange. Au contraire, un premier arrêt

Digitized by Google

du 12 niv. an XIII a jugé que l'art. 19 de la loi de frimaire s'applique aussi bien à la mutation à titre onéreux résultant d'un échange qu'aux mutations à titre gratuit. Depuis et jusques et y compris l'arrêt du 30 mars 1852 que nous relevons aujourd'hui, il a été constamment admis que quand il s'agit de biens échangés, la faculté de recourir à l'expertise n'est pas moins laissée à la régie que s'il s'agissait de biens immeubles vendus ou donnés. Seulement et précisément à cause du système de classification suivi par la loi, la jurisprudence était sans uniformité, en ce qui concerne les règles à suivre pour l'expertise faite dans ce cas spécial : sur certains points elle appliquait les art. 17 et 18 ; au contraire sur d'autres, elle suivait l'art. 19. *V.* à cet égard les arrêts des 13 déc. 1809, 27 déc. 1820, 7 juill. 1840, 16 août 1847, rapportés sous les nos 4701 et suiv. du *Traité* déjà cité.

Aujourd'hui et d'après l'arrêt du 30 mars 1852, il semblerait que, sous le rapport de l'expertise, les contrats d'échange doivent rentrer dans la catégorie des actes énoncés dans l'art 19. Cet arrêt dit en effet d'une manière toute générale : « Attendu que deux expertises sont autorisées par la loi du 22 frim. an VII, l'une par l'art. 17 applicable aux actes translatifs de propriété ou d'usufruit à titre onéreux dans lesquels un prix est énoncé ; l'autre par l'art. 19, applicables aux immeubles transmis en propriété ou usufruit *à tout autre titre;* que la première est à l'effet de déterminer le montant de la valeur vénale de l'immeuble, la seconde à l'effet de fixer la base de la valeur d'après le revenu ; attendu que les contrats d'échange ne portant pas stipulation d'un prix énoncé, et donnant lieu à des droits perçus d'après les revenus, estimés ou déclarés, ne peuvent rentrer dans la classe des actes auxquels s'applique l'art. 17, qu'ils rentrent, au contraire, dans la catégorie des actes énoncés dans l'art. 19 ; et à l'égard desquels l'expertise des revenus est autorisée... » La thèse se montre là bien absolue ; et quelque violence que cela fasse à la loi, si peu disposé que l'on soit à ranger, même à un point de vue tout spécial, l'échange dans la catégorie des actes gratuits, il a été dans la volonté de la Cour de juger nettement et d'une manière absolue que l'expertise à laquelle un acte d'échange donnerait lieu serait désormais régie par l'art. 19.

Digitized by Google

9. Mais sur qui devront retomber les frais de cette expertise? C'était la seconde question à résoudre. L'article 19, auquel on rattachait l'expertise en matière d'échange, ne dit rien à cet égard. Fallait-il dès lors recourir à l'article 39, relatif à l'expertise dans les mutations par décès, article qui laisse les frais à la charge du redevable toutes les fois qu'il existe une différence quelconque, si légère qu'elle soit, entre sa déclaration et l'estimation des experts? Ou fallait-il s'arrêter à l'article 18 qui, venant après l'article 17 relatif à l'expertise pour les actes translatifs à titre onéreux, pouvait paraître n'avoir en vue que l'expertise dans ce dernier cas, et décider, en conséquence, que les frais sont à la charge de la régie toutes les fois que l'estimation des experts n'excède pas d'un huitième la déclaration du contribuable? Le tribunal de première instance n'avait pris, dans l'espèce, ni l'un ni l'autre parti. L'échange ne lui ayant paru prévu dans aucune disposition de la loi spéciale, il s'en était référé au droit commun; et comme la différence entre l'évaluation de la partie et celle de l'expert se résumait en un chiffre de 30 fr. de revenus, il avait fait masse des dépens et avait mis 36/38es deux tiers à la charge de la régie et 1/38e un tiers à la charge du contribuable.

Une telle solution était contraire à la jurisprudence de l'administration qui, elle, avait constamment soumis la difficulté à la règle formulée dans l'article 39 de la loi du 22 frimaire an VII (*V.* une délib. des 3-10 sept. 1841). Elle s'est pourvue donc contre le jugement et a soutenu qu'elle ne pouvait supporter les frais que lorsqu'aucune insuffisance n'est constatée par les experts, et que, dès qu'une insuffisance est constatée, au contraire, les frais, quelque faible que fût cette insuffisance, étaient à la charge de la partie.

Mais le jugement a été maintenu; et il l'a été non parce que la Cour de cassation en adoptait les motifs, mais uniquement parce qu'il ne fesait aucun grief à la régie, en ce que tous les frais auraient pu, dans l'espèce, être mis à sa charge, et qu'ainsi elle n'avait pas à se plaindre d'avoir été condamnée à en payer une partie. Comment la Cour est-elle arrivée à ce résultat? D'une part, en décidant que la transmission par échange ne pouvait pas plus pour la question des frais d'expertise que sous tout autre rapport,

Digitized by Google

être assimilée à la transmission par décès, et en écartant ainsi l'art. 39 dont l'application était demandée par la régie; d'une autre part, en considérant l'article 18 comme contenant une disposition commune aux deux cas distinctement prévus par les articles 17 et 19, et par suite, en décidant que l'échange, même placé dans la catégorie des actes en vue desquels l'article 19 est rédigé, ne peut, en cas d'expertise, faire peser les frais de cette expertise sur la partie qu'autant que l'estimation de l'expert excéderait d'un huitième la valeur déclarée.

On voit quelle est la portée de cette décision qu'il a été du reste dans la pensée de la Cour suprême de généraliser. « Attendu, a-t-elle dit, qu'il résulte de l'ensemble de la loi du 22 frimaire an VII, et notamment des articles 19 de cette loi et 5 de celle du 27 ventôse an IX, que le mode et les conséquences légales de l'expertise, tels qu'ils sont déterminés par l'article 18, sont applicables au cas prévu par l'article 19 comme à celui prévu par l'article 17; que dès lors les frais d'expertise ne doivent être à la charge du redevable que lorsque l'estimation excède d'un huitième la valeur déclarée. » Ainsi, ce n'est pas seulement dans le cas d'échange, cas spécial qui se produisait dans l'espèce de l'arrêt, c'est aussi dans tous les cas auxquels se réfère l'article 19 de la loi de frimaire que le sort des frais engagés dans l'expertise doit être ainsi réglé. C'est en ce sens que l'arrêt est apprécié par M. Nicias-Gaillard qui, d'ailleurs, en approuve la doctrine dans un travail des plus remarquables publié par le *Journal du Palais* en note de l'arrêt. Et la généralité des termes de l'arrêt ne permet pas le moindre doute à cet égard.

Mais par là, la Cour suprême est revenue sur sa propre jurisprudence. Elle avait jugé, au contraire, par trois arrêts successifs en date des 11 mai 1824, 9 mai 1826 et 20 décembre 1839, que pour les mutations à titre gratuit, comme pour les mutations par décès, les frais de l'expertise tombent sur le donataire ou sur l'héritier dès qu'il y a une différence, si légère qu'elle soit, entre la valeur qu'ils ont déclarée et l'estimation donnée par les experts. Elle revient aujourd'hui sur cette jurisprudence, dont la rigueur avait, dès sa première manifestation, été l'objet de critiques (*V.* la 1re édit. du *Rép.* de M. Dalloz ainsi, t. VII, p. 294.

Digitized by Google

n° 13 ; *V.* aussi la 2e édit., t. XXII, n° 4768); après avoir persisté pendant trente années dans une interprétation inexacte, elle fait retour à la vérité; et avec M. Nicias-Gaillard nous pouvons dire : « La loi est retrouvée. »

P. PONT.

SUR L'IMMOBILISATION DES GLACES D'APPARTEMENT.

Par M. COIN-DELISLE,
Avocat à la Cour impériale de Paris.

Un nouvel arrêt de la Cour de Paris, du 4 août 1852 (*J. P.*, 1852, 2, 322), vient encore consolider la nouvelle jurisprudence que les glaces sont immeubles par destination, *de quelque manière qu'elles soient posées* : en effet, la jurisprudence va jusque-là, et n'est disposée à excepter que les glaces suspendues en miroir; et encore sera-ce pour longtemps? Car il peut arriver que la mode proscrive la fixation verticale, et que, prenant des goûts passagers pour des besoins, on prétende que les glaces penchées ayant passé dans nos habitudes, il suffit, pour les attribuer à l'immeuble, qu'elles se trouvent suspendues là où il est d'usage commun d'en placer.

Il me semble utile d'examiner d'abord les progrès de cette jurisprudence si funeste aux créanciers chirographaires, aux donataires des meubles meublants, aux vendeurs peu précautionneux. Ce n'est qu'après cet historique que je hasarderai mes observations.

Les glaces sont un objet de luxe. L'article 90 de la coutume de Paris, qu'on leur a depuis appliqué[1], ne les avait pas en vue, l'usage des glaces sous des parquets incrustés étant d'invention postérieure à 1580.

[1] « Ustensiles d'hôtel qui se peuvent transporter sans fraction et détérioration sont réputés meubles ; mais s'ils tiennent à fer et à clou, ou sont scellés en plâtre, et sont mis à perpétuelle demeure, et ne peuvent être transportés sans fraction et détérioration, sont censés et réputés immeubles. »

Digitized by Google

Du temps de Pothier, les glaces et tableaux encadrés dans une cheminée étaient censés immeubles et placés *ad integrandam domum*, si ce qui se trouvait derrière était les briques de la cheminée ou quelque planche qui ne fût pas de même parure que la cheminée (*Communauté*, n° 55). Ce qui est assez difficile à entendre pour nous, dont les cheminées ont pour parure des chambranles qui ne ressemblent pas au trumeau supérieur. La parure dont il s'agit me semble être le crépi du mur ou la boiserie, parce que souvent alors les chambranles étaient en plâtre ou en bois. « Au contraire, ajoute l'auteur, si ce qui est derrière la » glace ou le tableau est *de même parure que le reste de la che-* » *minée;* en ce cas, la cheminée ayant toute sa perfection indé- » pendamment de la glace qu'on y a attachée; on ne peut » pas dire que la glace serve *ad integrandam domum;* elle » ne sert que *ad instruendam domum*, elle ne doit pas être » censée faire partie de la maison, et doit être regardée comme » meuble. »

C'était à peu près l'idée régnante dans les derniers temps de la coutume : « Les marbres et les boiseries d'un appartement » (dit Dareau au *Répertoire de jurisprudence*, mot BIENS, § 1, » n° 7), qui servent à le compléter sont immeubles comme l'ap- » partement même : il faudrait en dire autant des glaces et ta- » bleaux, si, après les avoir ôtés, ce qui se trouvait derrière » faisait *une difformité*, parce qu'alors on juge qu'ils ont été » placés à perpétuelle demeure. » — Et Denisart, au mot *Accessoires*, dit en termes très-vagues : « Les glaces et les ornements » des maisons qui paraissent y avoir été mis par le propriétaire » pour perpétuelle demeure sont *accessoires* du fonds, quand » même ils ne seraient pas scellés en plâtre. Telle est la jurispru- » dence actuelle. »

Ainsi, avant le Code civil, les glaces placées dans des parquets qui ne faisaient pas corps avec la boiserie, étaient le plus souvent considérées comme immeubles par destination, parce que ce parquet était fixé à fer et à clou, et que, le parquet enlevé, sa place aurait offert une difformité. La jurisprudence était alors ce qu'elle tend à devenir aujourd'hui.

Le Code civil est venu. Lors de la discussion du chapitre des

Digitized by Google

immeubles, l'article 525 fut adopté sans qu'on y parlât des glaces. C'est lors de la discussion du chapitre II que la question s'est élevée.

En voici l'occasion. On venait, par l'article 533, de fixer législativement le sens du mot *meubles;* on passa immédiatement, dans l'article 534, à la fixation des mots *meubles meublants*, et l'article déclara que ces mots ne comprenaient que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, GLACES, pendules, etc., etc., TABLEAUX ET STATUES qui font partie des meubles d'un appartement.

C'est ici que s'éleva la discussion sur le mot GLACES, et quoiqu'elle soit brièvement reproduite dans les procès-verbaux, voilà ce qu'on peut en induire :

M. Cretet, qui avait voté l'article 525, et qui savait que, sous la coutume, on déclarait immeubles les glaces des cheminées et des entre-deux de croisées, en vertu des termes généraux de l'article 90, pensa que la même jurisprudence s'introduirait en vertu de l'article 525 du Code, aussi conçu en termes généraux. Il pensa que, dans tous les cas, la glace pouvait être enlevée comme un lustre, en la détachant du parquet, et en se bornant à déclarer accessoire de l'immeuble le parquet qui est incrusté dans la boiserie. — Malgré le silence des procès-verbaux, cette place de la discussion indique assez que l'attention du Conseil était appelée sur le concours du légataire de l'immeuble et du légataire des meubles meublants. « Vous donnez, par votre ar-
» ticle 534, les glaces au légataire des *meubles meublants;* mais
» par l'article 525, vous avez attribué au légataire de l'immeuble
» ce qui ne peut être enlevé sans briser et détériorer le fonds; à
» ce titre, attribuez-lui les parquets. Autrement, le légataire des
» meubles meublants n'aura jamais de glaces, malgré l'ar-
» ticle 534. »

M. Treilhard et M. Tronchet répondaient par la crainte de contredire le principe que la destination du propriétaire peut modifier la nature de la chose, que si une chose était nécessairement meuble par cela seul qu'on pût l'enlever sans dégradation, il faudrait aller jusqu'à regarder comme meubles les statues placées dans des niches.

Digitized by Google

Qu'a fait la-dessus le Conseil? A-t-il rejeté pleinement l'observation de M. Cretet?

Non : il a d'abord adopté l'article 534, en y laissant les mots *glaces*, tableaux, statues.

Puis, à l'instant même, revenant sur la rédaction de l'article 525, le Conseil a décidé qu'on exprimerait dans cet article que les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure, lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie.

De là, nouvelle rédaction conforme à l'article 525, à laquelle, par analogie, la section de législation a ajouté une disposition semblable pour les tableaux.

Cet historique sur la formation de la loi peut facilement faire penser que, dans le concours de deux donataires, l'un d'une maison, l'autre des meubles meublants que contient cette maison, le premier a droit à toutes les glaces faisant corps avec la boiserie, et le second droit à enlever les autres glaces parmi les meubles meublants.

Historiquement encore, je dois rappeler aux souvenirs des hommes de mon âge et apprendre aux jeunes gens qu'en 1804, époque de la discussion du Code civil, le goût des boiseries d'appartement était depuis longtemps passé. Les boiseries pour les appartements d'été, les tapisseries pour les appartements d'hiver avaient considérablement diminué dès le règne de Louis XVI et fait place aux papiers de tenture, comme le témoigne la destruction de la manufacture de Réveillon en 1789. Ainsi, depuis longtemps en 1804 on ne faisait plus d'appartements en boiserie, si ce n'est dans les rez-de-chausssée pour en bannir l'humidité; et depuis longtemps encore, les tentures en papiers peints qu'on voulait garder de l'humidité des murs étaient collées sur des toiles tendues par des porte-tapisseries.

Grammaticalement, il ne faut pas croire non plus que le sens de ces mots : « lorsque le parquet... fait corps avec la boiserie » signifie la boiserie de l'appartement!... Non : cela signifiait « la boiserie du trumeau de muraille où elles sont placées. »

En effet, on avait alors des demeures plus élevées et des glaces d'un moindre volume; et dans un appartement tendu en papier,

Digitized by Google

le propriétaire plaçait une boiserie de la largeur de la tablette de la cheminée et de la hauteur du trumeau, laquelle contenait une glace surmontée souvent d'un tableau, plus souvent encore d'ornements pratiqués dans la boiserie même. L'entre-deux des fenêtres avait souvent un trumeau à glace avec ornements correspondants.

Dans ce cas la boiserie excédait le parquet qui reçoit la glace; dans ce cas, on regardait la boiserie et la glace comme faisant partie de l'immeuble.

Mais si la glace n'était qu'encadrée et non encastrée, quoique appliquée et fixée sur la muraille, elle était considérée comme meuble, et placée plus pour l'ornement que pour le complément de la construction.

Et même quand on voyait que le trumeau de menuiserie ne convenait pas parfaitement avec le trumeau de maçonnerie; que le propriétaire avait placé là, vaille que vaille, des ornements de hasard qui n'entraient pas dans un système de disposition concordant avec l'appartement, on ne s'avisait pas d'en faire une partie de l'immeuble. La glace se trouvait bien dans *une boiserie*, mais non dans *la boiserie* faite pour l'emplacement.

C'est ainsi que l'article 234, §§ 2 et 3, a été entendu à son apparition : « Si la bordure est séparée et qu'ils (les glaces et ta-
» bleaux) soient seulement attachés à la boiserie, ils sont meu-
» bles; mais si les bordures sont faites avec la boiserie elle-même,
» ils sont immeubles. » (*Pandectes françaises sur l'art.* 234.)

Aussi, arrêt de la cour de Caen, première chambre (indiqué par M. Demolombe, t. IX, p. 182), du 7 juillet 1825, qui ne reconnaît la qualité d'immeuble dans les glaces qu'aux signes marqués dans notre article.

Autre arrêt de Paris, du 20 février 1833, affaire Crest (Dev., 34, 2, 79), qui, lorsqu'il s'agissait dans une faillite de savoir si les glaces décorant une maison tourneraient au profit des chirographaires ou des hypothécaires, a déclaré nettement que les glaces dont les parquets ne faisaient pas corps avec la boiserie n'étaient pas immeubles, et ne devaient pas être comprises dans la vente de l'immeuble.

Mais on va voir la jurisprudence changer progressivement.

Digitized by Google

Le premier pas est dans un arrêt de Bruxelles cité par M. Dalloz (*Recueil alph.*, t. II, p. 473), du 14 juin 1821. Legrelle avait hypothéqué une maison *avec les glaces se trouvant dans les boiseries*. Ces glaces ne faisaient pas corps avec les boiseries, et les parquets y avaient été appliqués à fer et à clou. Les créanciers chirographaires voulaient faire extraire les glaces du cahier des charges, parce que les meubles sont insusceptibles d'hypothèque. Mais la cour de Bruxelles crut devoir professer la doctrine que le § 2 de l'art. 534 n'était qu'énonciatif et non limitatif des signes de destination immobilière, et ordonna que l'acception vulgaire en Belgique des mots *à perpétuelle demeure* comprenant tout ce qui est attaché au fonds *à fer ou à clou*, on vérifierait par experts, non-seulement si les glaces étaient attachées sur un parquet faisant corps avec la boiserie, mais encore si elles étaient attachées à fer ou à clou, même quand le parquet serait distinct de la boiserie, pour les attribuer à l'immeuble dans l'un ou l'autre cas.

Dans l'affaire Crest, jugée par la Cour de Paris en 1833, la Cour avait jugé, par infirmation d'un jugement du tribunal de la Seine, du 2 août 1832, homologatif d'un rapport d'architectes experts, portant « que le genre de décorations intérieures ayant » changé, il y avait lieu de voir dans ce nouvel état de choses » une dérogation au texte de la loi, et de considérer comme im- » meubles les glaces dont les dimensions et l'agencement étaient » en rapport avec leurs cheminées et les trumeaux. » La Cour avait proscrit cette idée nouvelle; on va la voir se reproduire et triompher.

Dans une poursuite de saisie immobilière faite sur un immeuble appartenant à Ménard, celui-ci, par suite de conversion en vente sur publications judiciaires, fit insérer au cahier des charges que les glaces appartenaient au sieur Padelinety, et ne seraient pas vendues avec l'immeuble. — Duchanoy, l'un des créanciers hypothécaires, protesta au cahier des charges, et fit saisir les glaces décorant les appartements (sans doute pour les vendre mobilièrement). Padelinety les réclama comme locateur : le jugement rendu par le tribunal de la Seine, le 28 août 1832, décide en fait que les actes de location n'avaient

Digitized by Google

aucune date certaine à l'égard des tiers, et que les livres de commerce de Padelinety ne faisaient pas mention de la prétendue location. C'était assez pour écarter la revendication : mais en même temps on avait élevé la question de l'immobilisation des glaces, qui écartait invinciblement Padelenaty, même au cas où il aurait été propriétaire des glaces trouvées dans l'immeuble de Ménard, et le Tribunal déclara, sur ce point, que « les parquets de ces » glaces ayant été posés à l'arrasement des porte-tapisseries » supportant les tentures, et de manière à faire corps avec les- » dites tapisseries, c'était là une méthode nouvelle usitée pour » placer les glaces à perpétuelle demeure ; et que le Code n'ayant » fait qu'indiquer une présomption *tirée d'un usage en vigueur* » lors de sa publication, la même présomption peut également » résulter du placement des parquets suivant la nouvelle mé- » thode. » — Sur l'appel, ce jugement fut confirmé purement et simplement par arrêt de la deuxième chambre de la Cour de Paris, du 10 avril 1834 (Dev., 34, 2, 223).

Cet arrêt pourrait n'avoir été fondé que sur le défaut de preuve de la propriété des glaces en la personne du réclamant. Mais pas le moindre doute sur la question dans l'arrêt Terville, rendu par la même Cour, le 19 juin 1843 (Dev., 43, 2, 319).

Il avait à statuer entre les syndics d'une faillite et les créanciers hypothécaires sur la distraction de 13,612 fr. pour le prix des glaces d'une maison, non encastrées dans une boiserie. Le Tribunal et la Cour ont répondu « qu'en plaçant les glaces dans » l'immeuble pour faciliter la location des appartements, le » propriétaire avait eu nécessairement l'intention de les y atta- » cher à perpétuelle demeure, QUELLE QUE SOIT d'ailleurs LA MA- » NIÈRE DONT ELLES AURAIENT ÉTÉ FIXÉES dans ledit immeuble. »

La Cour de Bourges (*V.* l'arrêt de cassation ci-après rappelé. Dev., 50, 1, 524) a rendu un arrêt remarquable dans le même sens. Il s'agissait de l'intérêt de l'acquéreur prétendant, à cause du silence du contrat, que le vendeur n'avait pas le droit d'enlever les glaces. Le jugement du tribunal d'Issoudun peut se réduire à ceci : Quand des glaces encadrées dans leurs ornements ne sont retenues qu'avec des pattes qui fixent leurs cadres dorés et peuvent être enlevées sans être fracturées ni dé-

Digitized by Google

tériorées, ou sans briser ni détériorer la partie des murs sur lesquels elles sont attachées, ces glaces sont de véritables meubles, encore que le papier de tenture n'ait pas été placé derrière, et que les couleurs passées de l'ancien papier de l'appartement ne permettent pas de compléter la décoration sans disparate. — Le mot *décoration* dont se sert le jugement fait bien entendre qu'il regarde les glaces comme utiles *ad instruendam domum*, et non comme nécessaires *ad integrandam domum*.

Le jugement a été infirmé par la Cour de Bourges, le 23 avril 1849, parce que le propriétaire, quand il avait affermé sa maison, n'avait fait aucune mention des glaces; parce que sans ces glaces la maison *n'aurait pas été habitable* d'après les exigences du temps présent; parce que le propriétaire avait fait placer ses glaces *pour masquer la muraille* sur laquelle il n'avait pas étendu son papier de tenture; qu'ainsi son salon ni ses chambres *n'auraient pas été complètes*. Les glaces ont été placées, même la grande glace en face de celle de la cheminée, *ad integrandam domum*.

Sur le pourvoi, la Cour de cassation l'a rejeté le 8 mai 1850: elle a déclaré que le § 2 de l'art. 525 étant conçu *dans les mêmes termes* que le § 1er, avait le même caractère; qu'il n'était pas limitatif des faits par lesquels se manifeste le plus ordinairement l'intention du propriétaire d'attacher à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure; qu'il n'en était que simplement indicatif, et que la Cour de cassation avait le droit d'apprécier si l'intention résultait suffisamment des faits constatés dans les jugements et arrêts à elle déférés. J'avoue qu'avec le système de la première partie de cet arrêt, je ne comprends guère le pouvoir que la Cour de cassation se réserve dans la seconde d'apprécier l'intention du propriétaire: sa doctrine ordinaire est qu'aux juges du fait appartiennent les questions d'intention et de volonté.

Enfin, le dernier arrêt sur cette matière est celui qui donne occasion à cette dissertation: les circonstances de fait y sont que le propriétaire saisi immobilièrement, avait acheté les glaces de son propre locataire principal, afin de louer plus facilement; que le cahier des charges était muet sur leur exclusion;

Digitized by Google

que les habitudes du quartier de Paris où l'immeuble était situé nécessitaient le placement de glaces *pour le service et l'exploitation* de l'immeuble, et que l'existence des glaces dans les lieux était l'un des éléments du prix des locations qui avait servi de base aux offres des enchérisseurs.

Il faut donc l'avouer, la jurisprudence actuelle est d'accorder à l'immeuble toutes les glaces fixées sur les murs, QUELLE QUE SOIT d'ailleurs LA MANIÈRE DONT ELLES Y ONT ÉTÉ FIXÉES par le propriétaire. En prêtant les mains à cette jurisprudence, la Cour des cassation fera vainement des réserves *d'apprécier l'intention* du propriétaire, la Cour de Paris a déjà répondu à cette réserve dans l'arrêt du 4 août 1852: « IL APPARTIENT aux tribunaux de » rechercher si le *propriétaire* a eu la *volonté*.... »

Tout unanime que soit aujourd'hui la jurisprudence, je la crois contraire à la loi, et les réflexions suivantes me le prouvent. puissent-elles le prouver aux autres!

L'article 524 contient deux parties: la première comprend une énumération des choses meubles par leur nature. qui deviennent *immeubles* par la seule destination du propriétaire, même quand elles ne seraient pas fixées au fonds de la manière déterminée par le § 1 de l'article 525. Dans toute cette première partie de l'article 524, le fait seul du placement de la chose sur le fonds produit une accession *morale* au fonds lui-même. L'énumération est incomplète, j'en conviens; mais je crois que les glaces d'un appartement ne peuvent y entrer.

Pourquoi les glaces d'un appartement ne peuvent-elles entrer dans l'énumération indicative de l'article 524? — Parce que le § 1er de l'article 524 et l'énumération qui la suit ne sont relatifs qu'aux biens ruraux et aux usines;

Parce que, pour que des objets mobiliers par leur nature deviennent immeubles par destination, il faut que le propriétaire du fonds les y ait placés *cumulativement* pour LE SERVICE ET L'EXPLOITATION du fonds;

Parce que, si l'on appliquait la première partie de l'article 524 aux maisons, les meubles devenus immeubles par accession morale ou simple destination mais sans incorporation, se multiplieraient à l'infini.

Digitized by Google

1° Le principe du § 1er de 524 et l'énumération ne sont relatifs qu'aux biens ruraux et aux usines, et ne le sont pas aux maisons d'habitation. Leur applicabilité à ces sortes de biens résulte clairement de la discussion. A la séance du 20 vendémiaire an XII, M. Miot demanda que l'article 519 qui déclare immeuble les moulins fixes sur piliers et faisant partie du bâtiment, fût étendu aux machines faisant partie du bâtiment, comme la pompe à feu de M. Périer à Chaillot. Si elles en étaient séparées, le bâtiment lui-même ne serait plus rien puisqu'il ne pourrait servir à l'exploitation pour laquelle il a été construit. M. Defermon et M. Treilhard lui répondirent que ces sortes de machines étaient comprises sous le nom général d'*usines*, et que le caractère immobilier des usines ressortait de l'article 524 (§ *les ustensiles*). De même sur l'article 524, M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely demanda que la rédaction de l'article 5 fît sentir que sa disposition était relative aux chaudières et alambics employés par les distillateurs [1], et M. Treilhard répondit que la section n'avait entendu appliquer l'article qu'aux chaudières et alambics des fonds ruraux. Maintenant qu'après ces deux explications, on relise froidement l'article 524 depuis le commencement jusqu'aux mots « les pailles et engrais », et l'on demeurera convaincu qu'il ne s'agit pas dans cet article des maisons d'habitation.

Ainsi, pour les maisons d'habitation, nous devons, comme sous l'ancien droit, ne pas y admettre d'immobilisation purement morale, et n'immobiliser les meubles que lorsqu'il y a incorporation au bâtiment avec intention de perpétuelle demeure : c'était l'ancien droit, même malgré le scellement des objets ; et, à la fin du XVIe siècle, les presses d'imprimerie ont

[1] Remarquons, en passant, que chez un cultivateur de vignes un *pressoir* qui ne tiendrait pas au sol n'en serait pas moins immeuble par destination, par cela seul que le propriétaire l'aurait placé dans un bâtiment pour le service et l'exploitation de son fonds. C'était l'avis de Duplessis, t. I, p. 135 ; il était combattu par tous les autres commentateurs. Le Code a néanmoins adopté l'opinion de Duplessis, en mettant les pressoirs dans l'énumération des choses qui deviennent immeuble par cela seul que le propriétaire les a placés sur le fonds pour le service et l'exploitation du fonds. Cette opinion de Duplessis répond aussi au reproche que quelques jurisconsultes font au Code d'avoir placé dans l'article 524 divers objets susceptibles d'incorporation.

Digitized by Google

été déclarées meubles entre les enfants de Robert Estienne (arrêt du 30 juillet 1589, rapporté par Tournet sur la cout. de Paris); ce qui ne devait pas faire de doute, parce que, quoique scellées, elles ne l'avaient pas été pour le service de la maison, mais pour l'utilité de la personne et de sa profession. Aussi je m'étonne qu'il y ait tant de savants jurisconsultes qui regardent les décorations mobiles d'un théâtre comme immeubles par destination ; elles n'ont jamais dû être considérées que comme meubles et sont l'accessoire, non de l'immeuble, mais du privilége et de la profession.

2° Suivez la construction du § 1er de l'article 524 ; elle veut que la destination *morale* résulte de ce que le propriétaire a placé sur son fonds le meuble pour *le service et l'exploitation* du fonds : c'est ici une expression cumulative. Or, un propriétaire exploite ses terres; il exploite une usine ou la fait exploiter par d'autres. Appliquons donc l'article 524 dans toute sa première partie aux fonds ruraux et aux usines. Mais a-t-on jamais dit en langue française « *exploiter* sa maison ou *la faire exploiter?* » Non : on n'exploite pas une maison; on en jouit ou par soi-même ou par d'autres. Excluons donc les maisons de toute cette première partie de l'article 524, puisque les termes les en excluent. Quelques défauts que nous reprenions dans le Code civil, nous sommes tous d'accord qu'il est écrit par des hommes qui entendaient et la langue française et le style législatif. Ne l'expliquons donc pas par la langue inexacte de notre époque, où chacun attache aux mots une signification particulière.

Si les mots « exploitation du fonds » ne se disent pas des maisons, mais s'ils sont propres à la mise en valeur des terres et à la mise en action d'une industrie manufacturière, j'ai encore à examiner la valeur des mots « *pour le service du fonds* ». Ces mots me semblent opposés en droit aux services à rendre à la personne. Ils expriment une idée analogue à celle de servitude réelle, et c'est ainsi qu'on dit *services fonciers;* ils bannissent toute idée d'agrément et d'oblectation à l'égard de la personne ; ils ne font penser qu'à l'utilité pour la chose et pour le progrès de son exploitation. Dans ce cas, il n'y a plus besoin de l'incorporation pour opérer une union avec le fond; l'accession est

Digitized by Google

toute morale : dès que le propriétaire place sur son fonds, soit qu'il le cultive, soit qu'il l'afferme, des animaux pour la culture, des pigeons dans son colombier, des lapins dans ses garennes, des poissons dans ses étangs; dès qu'il met sur ses terres des instruments propres à la culture, qu'il livre des semences à ses fermiers ou leur confie des pailles ou autres engrais, ces meubles deviennent immeubles, quoique non incorporés au fonds, parce qu'ils sont à l'instant même destinés à servir le fonds et à en faciliter l'exploitation. Il en est de même des chaudières, alambics, cuves et tonnes, même non scellées, destinées aux travaux de vinification, et des ustensiles même mobiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines. Le fait *unique* de leur placement par le propriétaire sur les lieux qu'ils doivent féconder par leur utilité suffit à leur immobilisation.

Or, rien de tout cela ne peut se dire des glaces. Elles ne fécondent pas le fonds : elles ne sont en elles-mêmes que des ornements placés pour l'agrément et l'oblectation des habitants. Ce n'est pas là être placé pour le service et l'exploitation du fonds.

3° Un troisième argument qui démontre que l'article 524, dans sa première partie tout entière, est inapplicable aux maisons d'habitation, c'est que, dans les maisons, les meubles devenus immeubles par simple accession morale se multiplieraient à l'infini. Pourquoi donc, par exemple, les feux, que j'aurai fait fabriquer et adapter pour le service et suivant la dimension de mes cheminées, ne seraient-ils pas devenus immeubles, comme les instruments analogues dans les forges? Pourquoi les portières et les rideaux de fenêtres, presque toujours en harmonie avec les tentures de l'appartement, n'auraient-ils pas cette qualité immobilière, quand ils auraient été placés par le propriétaire, dont l'intention n'était certes pas, en les faisant établir, de les séparer de la tenture, certainement immeuble par son adhésion à la muraille, et qui avait déterminé le choix des couleurs des rideaux et portières.— Pourquoi?... parce que tous ces objets ont été placés dans la maison, non pour son service et son exploitation, mais pour le service et la jouissance des

Digitized by Google

habitants, parce que la loi n'a pas voulu que l'immobilisation par simple destination (sans signe extérieur de cette destination) pût s'appliquer aux meubles placés dans une maison.

Ce premier point établi, qu'en aucun cas il ne peut y avoir, pour les maisons, d'immobilisation purement morale et sans signes extérieurs, il faut passer à la seconde partie de l'article 524, puis à l'article 525.

Cette dernière partie s'applique aux maisons comme aux fonds de terre : « Sont aussi immeubles par destination tous effets mobiliers que le propriétaire a *attachés* au fonds à perpétuelle demeure. »

Pas de doute ici sur le sens : le mot *aussi* indique qu'outre l'immobilisation *purement morale* dont on vient de s'occuper, on passe à un autre mode d'immobilisation résultant d'un signe physique.

Quand au mot « *attaché* », puisqu'il est mis là par opposition à la destination *morale* ou de pure volonté, puisqu'il est mis là encore par opposition au mot *placé* (dont la loi s'est servi au § 1er du même article, afin de faciliter la perfection de l'ensemble des moyens d'agriculture et d'exploitation des usines seulement), il faut nécessairement le prendre ici dans le sens physique. La loi s'est occupée jusque-là d'un rapport ou d'un lien intellectuel entre les choses pour faire perdre aux meubles leur nature : elle y ajoute toutes les choses meubles que le propriétaire réunit à l'immeuble par un lien physique, toutes les choses qu'il y *attache* à perpétuelle demeure.

Je suis très-peu touché de ce que le mot *attaché* se trouve dans la première partie de l'article (les animaux *attachés* à la culture pour *employés* ou *exclusivement destinés*) ; il n'en est pas moins vrai que dans la seconde partie de l'article « *attachés* » signifie exclusivement « retenus au fonds à perpétuelle demeure » par une attache, par un lien apparent. »

Quel sera maintenant le rôle de l'article 525 ? D'établir une présomption légale au moyen de laquelle on reconnaîtra quel lien physique indiquera la destination de perpétuelle demeure. Je prends ici cet article, suivant la première rédaction adoptée en Conseil.

« Le propriétaire est CENSÉ AVOIR ATTACHÉ à son fonds des

Digitized by Google

» effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scel-
» lés en plâtre ou à chaux et à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent
» être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser
» et détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés, *ou*
» *lorsqu'ils sont placés dans une niche pratiquée exprès pour les*
» *recevoir, comme par exemple des statues.* »

Dans ces termes, l'art. 525 était-il limitatif?

Il n'y pas de doute pour moi.

En effet, la loi, dans un intérêt public, définit les biens qui sont meubles ou immeubles par leur nature. La loi, il est vrai, plus forte que la nature, a la puissance, dans des vues d'intérêt public, d'immobiliser des meubles : mais pour opérer cette métamorphose, il faut qu'elle commande. Tant qu'elle sera muette, chaque meuble sera considéré par les sujets de la loi selon sa propre nature, et non selon une fiction légale qui n'a pas encore été créée.

Car ce n'est pas sans raison que le législateur a divisé les biens en meubles ou immeubles ; c'est que souvent la différence seule de la nature du bien en attribue déterminément la propriété à telle personne, non à telle autre. C'est ce qui arrivait autrefois dans les successions *ab intestat;* c'est ce qui aujourd'hui, en matière de communauté, de succession testamentaire, d'hypothèque, de faillite, de vente et d'établissement d'usufruit, arrive encore par la seule force de la loi, et sans que les parties aient été obligées de se servir d'autres termes que du terme général *meuble* ou *immeuble.*

Donc, celui qui réclame une chose comme *meuble* n'a qu'un fait à prouver, à savoir que l'objet de la demande est meuble par sa nature... C'est au défendeur à prouver à son tour que l'objet spécial est devenu immeuble par destination.

Comment peut-il prouver que l'objet que la loi déclare *meuble* par sa nature, suivant l'art. 528, a perdu sa qualité naturelle et légale pour revêtir une qualité contraire légale, mais fictive? Il ne le peut que par un texte de loi.

Le texte de loi, qui détruit dans un bien la qualité naturelle qu'un autre texte de loi a défini, est-il une exception?

Cela ne fait pas doute.

Digitized by Google

Si le texte qui détruit dans un bien la qualité naturelle définie par un autre texte de loi est une loi d'exception, peut-il être étendu? Non, certes.

Si le texte exceptionnel ne peut être étendu, à cause de sa nature d'exception, comment donc croire que l'art. 525 est un article démonstratif?

Comment le croire? Par une erreur explicable. Comme l'article 524 déclarait immeubles par destination les objets placés dans le fonds ou sur le fonds pour le service et l'exploitation d'icelui, et que la fin de l'article ajoutait : sont aussi immeubles par destination tous objets immeubles que le propriétaire *a attachés*, on a été conduit à regarder la dernière partie de l'article 524 comme devant être complétée par la première.

On n'a pas suffisamment aperçu que la première partie de l'article était spéciale aux fonds ruraux et aux usines, et n'était pas faite pour les maisons d'habitation, comme je l'ai prouvé ci-dessus; on n'a pas assez aperçu que cette première partie était faite pour répondre aux besoins généraux de l'agriculture; on a oublié que l'ancienne législation, incomplète sur ce point, avait même encouru la censure de Pothier, qui demandait instamment que les animaux placés pour la culture ne pussent être détachés du fonds; qu'ainsi le dernier paragraphe de l'article était écrit dans un autre ordre d'idées que la première partie de l'article et son énumération, et que ce dernier paragraphe seulement répondait à l'art. 90 de la coutume de Paris : *Ustensiles d'hôtel*, etc.

Or maintenant que je crois avoir démontré cette vérité méconnue, ne m'est-il pas permis de dire : « Pour tout ce qui est maison d'habitation, le dernier paragraphe de l'article 524 est limitatif »?

Il n'y a pas de meubles, même quand ils y seraient placés par le propriétaire, dans une maison d'habitation qui y soient devenus meubles, s'ils n'y ont été physiquement attachés; or c'est là une disposition générale; et toute disposition générale est nécessairement *limitative*. On ne peut aller au delà de ses termes.

Si une disposition générale est limitée par l'étendue et la compréhension de ses termes, cette vérité est encore plus certaine

Digitized by Google

quand la proposition générale n'est elle-même qu'une exception à une proposition plus générale encore. Or, le paragraphe dernier de l'article 524 est une exception à la proposition plus générale, à la proposition universelle de l'article 528 « *Sont meu-* » *bles par leur nature les corps*, etc. »

Donc le paragraphe dernier de l'article 524 est limitatif quant aux maisons d'habitation; il ne peut pas ne pas l'être.

Si le dernier paragraphe de l'article est limitatif quant à l'immobilisation *des ustensiles d'hôtel*, le § 1er de l'article 525 est-il limitatif sur les signes d'immobilisation?

Certainement oui.

D'abord, il doit l'être, puisqu'il a pour effet de déroger à la généralité de la définition des meubles par nature portée en l'article 528; et que les dérogations n'excèdent jamais l'étendue de compréhension de leurs termes; qu'au contraire, on les restreint plutôt qu'on ne les étend dans l'interprétation.

Il doit l'être, puisqu'il a pour objet de déterminer à quels liens physiques on reconnaîtra qu'un propriétaire a, non pas simplement placé, mais ATTACHÉ la chose meuble à son fonds pour perpétuelle demeure, et cela non-seulement pour le service et l'exploitation du fonds, mais *même pour l'ornement.*

Il doit l'être, puisqu'il s'agit d'établir une fiction légale contrairement à la nature de la chose; et que les fictions établies par la loi ne s'étendent jamais.

Cette fiction est effectivement limitative, puisqu'elle restreint la loi précédente; en effet, suivant la Coutume, quand le meuble pouvait se retirer sans fraction, bris et détérioration, soit du meuble, soit du fonds, il devenait cependant immeuble par destination *s'il tenait à fer et à clou* ou était scellé en plâtre. Suivant le Code (1re et 2e rédaction), ces mots : *tenir à fer et à clou* ont été retranchés, et ses auteurs ont dit, aussi fortement qu'on le peut dire dans la concision du style législatif : « Si l'on peut retirer le meuble sans bris et sans détérioration du meuble ou du fonds, on le retirera, *quoiqu'il soit tenu à fer et à clou;* il demeurera s'il est scellé à plâtre ou à chaux et à ciment. »

Voilà ce qui résulte de la première rédaction et de la rédaction nouvelle jusqu'aux mots « où ils sont attachés. »

Digitized by Google

Et c'est assez pour écarter l'autorité de l'arrêt de Bruxelles de 1823 et de la petite note laudative de M. Dalloz (sur le même arrêt dans son *Recueil alphabétique*), qui a donné le branle à la nouvelle marche des idées sur ce point... L'arrêt de Bruxelles est fondé sur l'opinion vulgaire en Belgique que tout ce qui tient à fer et à clou est immeuble... Mais l'opinion n'opère pas quand elle est contraire à la loi; mais à Paris, avant le Code civil, la maxime que ce qui tient à fer et à clou est immeuble par destination, n'était pas seulement une opinion vulgaire : c'était une présomption statutaire d'immobilisation; il fallait la combattre par les faits pour démontrer que c'était pour sa personne et non pour l'immeuble que le propriétaire s'était servi de ce genre de lien. Donc, en supprimant ces mots, les rédacteurs du code ont abrogé l'article 90 de la coutume : ils n'ont établi que deux présomptions légales d'immobilisation des meubles : 1° le scellement; 2° l'incorporation, telle qu'elle entraînât à la fois fracture et détérioration du meuble, ou bris et détérioration de l'immeuble. La rétention *à fer et à clou* a donc cessé d'être un signe d'immobilisation : le faire revivre, c'est donc ajouter à la loi, c'est donc créer une disposition qui n'existe pas.

La seconde partie de l'ancienne rédaction de l'article 525 n'apportait à cette législation qu'un troisième signe d'*immobilisation* des ornements « lorsque le propriétaire aurait pratiqué dans le » fonds une niche *exprès* pour les recevoir, comme, par exemple, » les statues. »

Cette phrase faisait partie des trois signes d'immobilisation par attache au fonds; elle était dont déterminative de ce signe et non purement démonstrative.

Ce qu'il y avait de démonstratif, c'était l'exemple d'application de la troisième règle *aux statues* : la loi était déterminative des signes, mais simplement démonstrative d'une sorte de meubles à laquelle s'appliquerait le signe; elle n'empêchait pas d'appliquer le signe à d'autres objets mobiliers; mais elle ne permettait pas la création d'autres signes d'immobilisation par attache.

Dans cet état de la rédaction, que devait-on décider des glaces et des tableaux dont l'article 525 ne parlait pas textuellement?

On devait décider que, s'ils pouvaient s'enlever sans bris et

Digitized by Google

détérioration ni de l'immeuble ni des glaces et tableaux, et qu'en même temps, le propriétaire n'ait pas fait pratiquer une niche *exprès* pour les recevoir, les glaces et tableaux seulement fixés *à fer et à clou* auraient conservé leur nature de meubles, puisque le Code avait retranché la fixation *à fer et à clou* des signes légaux de l'immobilisation.

Mais si le propriétaire avait fait apposer un pan de boiserie pour recevoir la glace ou le tableau, et avait fait pratiquer *exprès* dans cette boiserie faisant partie de son immeuble l'enfoncement nécessaire pour recevoir le tableau ou la glace, le mot *niche* de l'art. 525 était-il applicable à ce cas? Voilà ce qui pouvait paraître douteux, mais aussi ce que l'analogue semblait commander, puisque les statues n'avaient été placées que comme exemple, et supposaient d'autres meubles susceptibles du même signe d'immobilisation.

C'est cette difficulté qui a fait élever la réclamation de M. Cretet à propos de l'article 234, et qui a fait corriger la rédaction de l'article 225, afin que le légataire de la maison et le légataire des meubles meublants sussent à quelles glaces, à quels tableaux, à quels ornements chacun d'eux aurait droit.

Et en corrigeant l'article 225, on a dit: quoique les glaces soient meubles de leur nature (art. 528), et placées au nombre des meubles meublants (art. 534), néanmoins «les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure, *lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie.* » Dans ce cas, elles appartiendraient au légataire de la maison; quand elles ne feront pas corps avec la boiserie, elles appartiendront au légataire des meubles meublants.

En corrigeant l'art. 225, on a dit: Quoique les tableaux soient meubles de leur nature (art. 528) et placés au nombre des meubles meublants (art. 534), sauf le cas de collection, néanmoins, les tableaux d'un appartement sont censés mis à perpétuelle demeure, lorsque le parquet sur lequel ils sont attachés fait corps avec la boiserie; et le même article attribue par conséquent au légataire de l'immeuble tous les tableaux encastrés dans la boiserie, et laisse au légataire des meubles meublants les tableaux encadrés, fussent-ils appliqués sur la muraille.

Digitized by Google

En corrigeant l'article 225, on en a dit autant *des autres ornements:* tout ornement mobilier que la mode pourra amener pour l'embellissement des appartements demeurera meuble et conservera sa nature primitive, à moins qu'il n'y soit scellé, ou qu'il ne soit encastré dans une boiserie.

Voilà la loi qu'on prétend démonstrative et indicative, quand la diminution des signes d'immobilisation des coutumes y sont restreints; quant elle est elle-même dérogatrice au principe général de l'article 528; quand sa correction a été faite lorsqu'il s'agissait de déterminer quelles glaces seraient retranchées du legs *des meubles meublants.* Le législateur a répondu: « *On » n'en retranchera que celles dont le parquet fera corps avec la » boiserie* », et aujourd'hui la jurisprudence veut les retrancher toutes!

Et quand le premier paragraphe de l'article 525 ne serait qu'indicatif des moyens d'immobilisation (ce qui n'est pas) s'ensuivrait-il que le second serait aussi indicatif? Pas du tout, puisque l'occasion qui l'a amené dans la loi était la nécessité de limiter ce que le légataire de l'immeuble conserverait de glaces, de tableaux et d'autres ornements, au regard du légataire des meubles meublants. Donc, le deuxième paragraphe de l'article 525, et le troisième et le quatrième sont limitatifs des cas où les glaces, les tableaux, les autres ornements et les statues sont immeubles.

Car, pour le dire en passant, je n'admets pas du tout qu'une statue posée sur un piédestal soit un immeuble. Si j'ai démontré que la loi est limitative dans les signes d'immobilisation des glaces, des tableaux et autres ornements; elle est aussi nécessairement limitative dans les signes d'immobilisation pour les statues. Cependant aujourd'hui d'habiles avocats, de profonds jurisconsultes étendent à la statue placée sur un piédestal scellé, ce que dit la loi de la statue placée dans une niche disposée exprès pour la recevoir! Quoi, si par fortune, je recouvrais une statue précieuse, comme la vache d'airain de Myron, il me suffirait donc de la placer au centre d'un salon ou d'un cabinet d'étude sur un socle en marbre scellé dans le plancher, pour l'attribuer à l'immeuble! Quoi! parce que la loi a prévu le cas où le propriétaire a ménagé une place *dans les murs* pour y

Digitized by Google

mettre des statues comme ornements des murs, on étendra la loi aux soins que prendra le propriétaire pour conserver un chef-d'œuvre, l'exposer aux regards et lui donner une base assurée ! Est-ce qu'en général les richesses mobilières et les travaux des artistes ne sont pas faits plutôt pour la jouissance de la personne que pour la parure de la maison ; et si on en pare la maison, si on les expose à la vue, si on leur donne une base fixe, est-ce qu'on entend par là les affecter à la maison ? Ce serait, qu'on me pardonne l'expression, faire de la divinité l'accessoire du sanctuaire.

Je sais bien qu'avant le Code, les statues placées sur des piédestaux construits dans le sol passaient pour immeubles. On peut citer à ce sujet Lebrun dans son *Traité de la communauté* (liv. I, chap. 5, sect. 2, dist. 1re, n° 10), qui déclare immeubles les statues retenues avec quelques pattes ou crampons de fer scellés dans les murs, et celles qui sont posées sur des bases ou piédestaux qui tiennent au rez-de-chaussée ; l'arrêt du canonicat de Mâcon, du 9 juillet 1629, qui déclara acquises à la maison douze statues de marbre des douze Césars qu'un chanoine avait fait placer dans une galerie de son jardin sur des bases de pierre qui ne tenaient pas aux murs (V. *Journal des audiences*, t. Ier, p. 102), et l'arrêt Hurault, du 5 mars 1611, dont on peut contester la portée (*V.* Mornac, *ad leg.* 49, ff., *De usuf.*). M. Hurault, conseiller d'État, avait placé dans une niche, au fronton de sa maison de campagne, un buste en marbre du roi Henri IV, avec l'inscription : *Deus nobis hæc otia fecit.* Tous les hivers, on retirait la statue, et au beau temps seulement elle était replacée. La maison léguée au neveu, la veuve fit enlever la statue, et la grand'chambre du parlement de Paris l'adjugea à la veuve, à la charge de payer soixante livres au légataire de l'immeuble. C'était, selon moi, juger que le buste était immeuble et qu'on le laissait à la veuve *in solatiolum doloris.*

Quoi qu'il en soit, qu'a dû vouloir, qu'a voulu le Conseil d'État quand la difficulté s'est mue à l'occasion de l'art. 534, qui parle des glaces, des tableaux et des statues ? A-t-il voulu consacrer l'ancien droit et en légitimer l'incertitude ? Non : c'eût été le contraire de sa mission. A-t-il voulu au contraire déterminer pour l'avenir quelles statues seraient meubles, quelles seraient

Digitized by Google

immeubles, et faire cesser la divergence d'opinion? C'est, à mon sens, la seule opinion raisonnable; et je crois qu'aujourd'hui la famille du bon chanoine de Mâcon devrait garder ses douze Césars, et la veuve du conseiller Hurault rétablir le buste du roi Henri IV, malgré ses soins annuels de le mettre à l'abri des pluies d'hiver.

Il faut donc conclure de tout ce que j'ai dit, que le Code civil a été plus large que la législation précédente sur les immeubles par destination, tant qu'il s'est agi de l'agriculture et des usines manufacturières proprement dites; mais qu'il s'est montré plus restreint et qu'il a été limitatif dans sa pensée et dans ses termes, quand il a réglé les meubles devenant immeubles par destination, relativement aux maisons d'habitation; en un mot, que le dernier paragraphe de l'art. 524 est limitatif; que le § 1er de l'art. 525 l'est aussi, et que les trois paragraphes suivants sont également limitatifs sur les signes d'immobilisation des glaces, tableaux, ornements et statues.

Ceci posé, je n'ai plus qu'à repousser les objections.

La première vient de ce que le mode d'emploi de glaces a changé; on n'en encastre plus dans des boiseries: il faut suivre la mode de son époque.

Réponse. Puisqu'à l'époque du Code civil les boiseries étaient depuis longtemps bannies des nouveaux appartements, les rédacteurs du Code le savaient mieux que moi. Donc, en bornant aux glaces encastrées dans une boiserie celles qui perdraient leur nature de meubles, ils n'ont pu accorder à notre persistance dans l'abandon des boiseries le pouvoir de modifier la loi.

Autre objection: « Quand les parquets des glaces sont posés à » l'arrasement des porte-tapisseries supportant les tentures de » manière à faire corps avec les tapisseries, c'est là une méthode » nouvelle pour placer les glaces à perpétuelle demeure. »

Réponse. En fait, quand les porte-tapisseries et les tentures qu'elles supportent touchent à l'extrémité latérale du parquet, les glaces ne font pas pour cela corps avec les tapisseries; car elles n'y sont pas incorporées, et cette image ingénieuse pour exprimer que l'œil n'aperçoit pas de solution de continuité entre objets

Digitized by Google

différents, a pu tromper le raisonnement de celui qui l'a fait sans changer la nature des choses.

En droit, je n'avais pas cru jusqu'alors que les tapissiers et les architectes décorateurs eussent le pouvoir législatif pour substituer une nouvelle présomption légale aux présomptions déterminées par la loi.

Vainement dirait-on qu'alors il n'y aura jamais de glaces immeubles par destination! Il y en aura toujours de trop, car, qu'est-ce autre chose que des glaces encastrées dans la boiserie, que ces portes et ces fenêtres qui ne contiennent qu'une glace sans tain à chaque vantail? Mais quand on viendrait à n'avoir plus aucune glace, perdant sa nature primitive pour devenir immeuble, où serait le mal? Pourquoi, quand un homme contracte une dette mobilière pour orner sa demeure et celle de ses locataires de glaces encadrées, refuserez-vous la revendication au vendeur des glaces, quand il n'y pas un seul texte qui déroge en ce cas à l'art. 528? Pourquoi appauvrirez-vous la communauté entre époux, quand ces dépenses excessives dans un immeuble sont plus voluptuaires qu'utiles? Pourquoi accorderez-vous aux créanciers hypothécaires qui n'ont pas dû compter sur cet accroissement, à cause même du sens restrictif de la loi, une valeur qui offrirait encore une ressource aux malheureux chirographaires? Pourquoi réduirez-vous le propriétaire qui, devenu plus sage, cherchera une ressource dans la vente de l'excès de glaces encadrées, à se défendre contre une demande en dégradation des biens hypothéqués? Pourquoi enlèverez-vous au donataire des meubles meublants ce que les auteurs du Code civil ont voulu qui lui fût attribué?

Est-ce qu'on ne voit pas justement que tels sont les intérêts que le Code civil a voulu sauvegarder en restreignant dans les maisons d'habitation l'immobilisation des meubles. Il a restreint cette immobilisation parce qu'elle nuit toujours aux intérêts mobiliers, qui sont principalement les intérêts de ceux qui nous entourent.

Aussi tous les autres arguments me touchent peu, même celui qui peint l'acquéreur comme victime de son vendeur. Est-ce que si l'art. 525 a le sens qu'on lui a donné en France jus-

Digitized by Google

qu'en 1833, l'acquéreur a pu compter que les glaces mobilières lui appartiendraient par l'effet de la vente? Évidemment non : il savait qu'elles n'étaient pas encastrées dans la boiserie, et loin de le plaindre quand il n'a pas stipulé que les glaces feraient partie de la vente, je ne peux voir qu'un homme qui cherche à acquérir, par l'effet de la chose jugée, ce qui ne lui a pas été vendu par contrat.

Pourquoi serait-on plus touché de l'argument puisé dans un cahier des charges portant « que l'adjudicataire sera tenu de » prendre les lieux dans l'état où ils seront au jour de l'adjudi- » cation? » Est-ce que cela veut dire qu'il les prendra même avec les glaces immobilières? Non. *Prendre les lieux dans tel état* a un double sens, selon que la clause s'adresse à un futur propriétaire ou à un futur locataire. Si elle s'adresse à un futur locataire, il s'agit de l'état *locatif* des lieux et de tout ce que le locataire désire trouver dans les lieux pour leur ornement; si elle s'adresse à un futur propriétaire, elle ne comprend que l'état immobilier. Admettons que j'aie prouvé que les glaces encadrées, mais simplement appliquées, sont meubles, la clause ne les comprend pas.

D'ailleurs, il faut que nous nous livrions à un mode d'interprétation bien superficiel pour nous laisser prendre à de tels arguments. Loin que cette clause soit en faveur de l'adjudicataire, elle est dirigée contre lui et écrite en faveur du créancier poursuivant, afin que l'adjudicataire ne puisse exercer de recours contre les créanciers pour les dégradations commises jusqu'à l'adjudication. Par quel singulier artifice de raisonnement augmente-t-on les droits de l'adjudicataire en vertu d'une clause écrite pour les limiter?

Qu'importe-t-il à la question que la richesse des ornements et la multiplicité des glaces soient au nombre des éléments du prix des locations, et que l'acquéreur ait pour guide dans ses enchères le prix des locations, comme thermomètre du prix qu'il peut offrir? Raisonner ainsi, c'est supposer que l'acquéreur n'a pas visité les lieux; c'est supposer qu'il n'a pas pu voir que les glaces n'étaient que simplement encadrées; c'est supposer ce qui n'est pas, ce qui ne peut pas être. L'acquéreur a pour élément

Digitized by Google

de son prix, le prix des locations, prix dont il se défie toujours; car, dans les maisons à vendre, les locations sont presque toutoujours forcées au mépris du choix de bons locataires... Mais admettons la sincérité de cet élément. N'est-il pas vrai que les glaces ne portant pas le signe extérieur exigé par la loi pour leur immobilisation, l'acheteur déduit aussitôt de son offre la somme nécessaire pour les remplacer; et quand il n'a pas vu le signe caractéristique de l'immobilisation, il n'est pas digne de la pitié qu'on lui accorde aujourd'hui.

Répétons donc qu'il ne faut mettre ni la législation ni la jurisprudence à la suite des caprices et des fantaisies de la mode, et que la Cour de cassation s'est méprise quand elle a dit (en ce qui concerne les maisons d'habitation) « que l'art. 525 a indiqué les » principaux signes par lesquels se révèle l'intention du propriétaire d'attacher à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle » demeure; mais QU'IL N'A PAS DÉCLARÉ que cette intention *ne* » *pourrait* résulter *que* des faits et circonstances énoncés dans » cet article. » Il n'avait pas à faire cette déclaration. En droit : c'est au demandeur qu'incombe la preuve, et celui qui prétend contre le texte de l'art. 525 du Code Napoléon que tel meuble par sa nature est devenu immeuble, doit le prouver par un autre texte : il le prouvera en matière de biens ruraux et d'usines, par le seul fait du placement de l'objet mobilier sur le fonds, par le propriétaire, quand cet objet mobilier sera propre au service et à l'exploitation des biens ruraux et de l'usine; il le prouvera, s'il ne s'agit que de maisons d'habitation, par le seul fait de l'*attache* physique par un des modes déterminés dans l'art. 525; jamais autrement, parce que la nature légale d'une chose ne peut être modifiée que par la loi. Toute autre manière de décider serait une violation de l'art. 528 et de l'art. 1315 sur les preuves.

COIN-DELISLE.

Digitized by Google

DE LA SOLIDARITÉ ET DE L'INDIVISIBILITÉ.

Examen doctrinal du Traité de M. A. Rodière, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, membre de l'Académie de législation de la même ville. Un vol. in-8°. 1852.

Par M. Victor MOLINIER,
Professeur de droit criminel à la Faculté de Toulouse, membre de l'Académie de législation de la même ville.

SOMMAIRE.

1. Diversité et appréciation des méthodes adoptées par ceux qui ont écrit sur le droit. Utilité des monographies.
2. Aperçus généraux sur la solidarité. — On la divise en *solidarité parfaite* et *solidarité imparfaite*, ou simple obligation *in solidum*.
3. La *solidarité conventionnelle* est toujours parfaite. — Cas dans lesquels la *solidarité légale* l'est également.
4. Exemples de solidarité imparfaite ou obligation *in solidum*.
5. En quoi la solidarité imparfaite diffère de la solidarité parfaite. — Détails d'application. — *A la note :* Le créancier a-t-il perdu son action solidaire lorsqu'il a, par son fait, rendu impossible la subrogation aux sûretés existantes, lors du contrat, contre les autres débiteurs? Adhésion aux doctrines de M. Rodière qui combat l'opinion de M. Troplong.

§ 1. — *De la solidarité des débiteurs en matière civile.*

6. De la solidarité imparfaite en matière civile. — Nature de l'obligation de fournir des aliments. Ceux qui les doivent sont simplement obligés *in solidum*.
7. Conséquences d'application.
8. L'enfant recherché par son ascendant peut-il exercer, contre ses frères, un recours à raison des aliments par lui fournis avant qu'il leur ait dénoncé la demande? — Dissentiment avec M. Rodière.
9. Du legs alimentaire. Établit-il entre les héritiers la solidarité imparfaite ou obligation *in solidum?* — Dissentiment avec M. Rodière.
10. De la pension alimentaire due par plusieurs en vertu d'un contrat. Offre-t-elle un cas d'indivisibilité intentionnelle?

§ 2. — *De la solidarité en matière commerciale.*

11. La solidarité existe de plein droit en matière d'engagements commerciaux. Elle offre une des bases du crédit commercial.
12. Conséquences. — Les coobligés pour cause commerciale sont solidaires.
13. Faut-il cependant que l'engagement soit pour cause une opération qui soit commune à tous les coobligés? — Dissentiment avec M. Rodière.

Digitized by Google

14. *Quid* de l'engagement souscrit par un commerçant et un non-commerçant? — Distinction.
15. De l'obligation qui lie le commissionnaire primitif, le commissionnaire intermédiaire et le voiturier, envers l'expéditeur ou le destinataire. Elle offre un cas de solidarité imparfaite. — Les poursuites intentées contre l'un des coobligés ne sont pas interruptives de la prescription à l'égard des autres.
16. Lorsque l'expéditeur ou le destinataire a actionné, dans les délais fixés par l'article 108 du Code de commerce, le commissionnaire primitif, ce dernier jouit-il d'un nouveau délai à compter du jour de la demande, pour l'exercice de son recours contre le sous-commissionnaire ou le voiturier? — Adhésion aux doctrines de M. Rodière, et critique d'un arrêt de la Cour de cassation qui décide la négative.

1. Les nombreux écrits publiés de nos jours sur les diverses parties de notre droit peuvent être rangés dans sept classes, d'après la méthode et la forme que leurs auteurs croient devoir adopter.

La première classe comprend les Traités, dans lesquels les principes et les règles sont exposés avec méthode et suivant l'ordre logique des idées. Cette forme convient aux grands travaux synthétiques qui embrassent toute la science ou toute une de ses branches, et qui ont pour objet d'en présenter à l'esprit tout l'ensemble, en ne pénétrant que plus ou moins profondément dans les détails.

Viennent ensuite les Commentaires, dans lesquels on trouve l'explication exégétique des textes et des détails de doctrine et d'application rattachés à chaque disposition de la loi. Cette forme a l'avantage de faciliter les recherches et d'initier les lecteurs à une parfaite connaissance des textes.

La troisième classe nous offre les Dictionnaires et les Répertoires, dans lesquels l'ordre alphabétique doit placer avec célérité sous les yeux du juriste ce qui fait l'objet de ses recherches. Des travaux d'une très-grande étendue ont été publiés sous cette forme [1]. D'autres, dans des proportions plus modestes, ont une très-grande utilité pratique lorsqu'ils indiquent d'une manière complète et exacte l'état de la législation, de la doctrine et de

[1] Le *Répertoire* et les *Questions de droit* de M. Merlin, qui laissent tant à désirer sous le rapport de la méthode, mais dans lesquels on rencontre des réquisitoires et des documents qui auront toujours une grande valeur scientifique. Le *Répertoire méthodique et alphabétique* de M. Dalloz, véritable encyclopédie juridique qui reproduit et enregistre la jurisprudence et les doctrines de notre époque.

Digitized by Google

la jurisprudence sur chaque matière et sur chaque question [1]. La publication d'un bon lexique complet, pas trop long, et dans lequel la propriété des termes serait déterminée avec exactitude et précision, satisferait à un besoin.

Nous rangerons dans la cinquième classe les REVUES, qui ont pour mission d'initier les lecteurs au mouvement scientifique, et de faire de la critique; les journaux et les recueils d'arrêts, qui enregistrent la jurisprudence, et que l'avocat doit si souvent consulter.

La sixième classe nous présente les FORMULAIRES, qui offrent le droit à l'état d'application, qui guident le praticien, qui lui épargnent bien du temps et bien des embarras, et qui lui évitent souvent des oublis périlleux [2].

Enfin arrivent au septième rang, non assurément dans l'ordre de leur valeur, mais par les nécessités des distinctions qu'impose tout classement, les MONOGRAPHIES, dans lesquelles un sujet unique et spécial est approfondi et peut être envisagé dans tous ses détails, sous le rapport de l'histoire, de la doctrine pure et de l'application. Les monographies font progresser la science en pénétrant dans toutes les profondeurs d'un sujet et en mettant au jour des aperçus nouveaux qu'une généralisation trop synthétique n'avait pas pu atteindre dans les traités, et qu'une analyse approfondie a rencontrés et a fait jaillir. Elles ont aussi une très-grande utilité pour la pratique, parce qu'on y trouve une abondance de détails qui prévoit tout et qui fournit des so-

[1] Le Dictionnaire de M. Armand DALLOZ, le Répertoire du *Journal du Palais* et la Table générale et alphabétique du Recueil général des lois et arrêts de MM. DEVILLENEUVE et GILBERT.

[2] Notre honorable collègue et ami M. CHAUVEAU vient de consacrer une partie de ses veilles si laborieuses à la rédaction d'un *Formulaire général et complet de procédure civile et commerciale*, accompagné de notes savantes qui éclairent chaque partie des actes et qui font ressortir d'une manière lumineuse la valeur de chacune de leurs dispositions. L'apparition de cette nouvelle œuvre, publiée avec le concours de M. GLANDAZ, président de la chambre des avoués de Paris et associé correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, sera accueillie avec faveur par les praticiens, et obtiendra les suffrages des hommes de science. Déjà le premier volume a paru; nous l'avons parcouru, et nous avons constaté qu'il répond à ce qu'on devait attendre de son auteur, dont les publications sur la procédure, si souvent citées, sont devenues en quelque sorte classiques. Aussitôt que le second volume pourra être à notre disposition, nous rendrons compte avec quelque détail de ce livre utile.

Digitized by Google

lutions pour la plupart des cas sur lesquels on désire s'éclairer.

Ces considérations nous rendent compte de la faveur avec laquelle ont été accueillies certaines publications de nos honorables collègues de la Faculté de Toulouse, dans lesquelles on rencontre de nombreux aperçus scientifiques sur des sujets spéciaux. C'est ainsi qu'en 1841 M. BENECH consacrait tout un volume à l'explication de l'article 1094 du Code Napoléon, qui détermine la quotité disponible entre époux [1]. Plus tard, ce même professeur publiait encore deux monographies nouvelles, l'une sur l'illégalité de l'adoption des enfants naturels, qui a été de nouveau éditée [2], l'autre sur l'emploi et le remploi de la dot sous le régime dotal. Aujourd'hui un autre de nos collègues, M. RODIÈRE, dont la plume féconde et facile a déjà produit des publications justement estimées, vient de doter la science d'une nouvelle monographie sur la *solidarité* et l'*indivisibilité*. Ce sujet si ardu, si plein d'obscurités, l'effroi des légistes, et que le génie vigoureux de Dumoulin ne mania qu'avec de fatigants labeurs, à travers les ambages du droit romain qui le gênaient, convenait à la rectitude de jugement, à la finesse de tact, à la lucidité d'exposition et à la concision dont notre honorable collègue et ami avait fait preuve dans ses autres écrits. Nous ne dirons rien sur la méthode et le style de M. Rodière, quoiqu'il y eût d'excellentes choses à signaler : sa méthode et son style sont connus. Nous ne le suivrons pas dans tous les détails du remarquable plan qu'il a adopté : nous nous bornerons à dire que son livre est divisé en deux parties, consacrées l'une à la *solidarité*, l'autre à l'*indivisibilité*. On sait que des points nombreux de contact mettent en rapport ces deux sujets. Nous nous occuperons particulièrement, dans ce travail, de la première partie, qui est divisée en cinq chapitres, dans lesquels il est question : 1. De la solidarité entre les créanciers; — 2. Des prin-

[1] *De la quotité disponible entre époux d'après l'article 1094 du Code civil.* Nous examinâmes cet important travail dans un article publié dans la *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, année 1842, p. 692 et 744.

[2] Nous adoptâmes les opinions de notre savant collègue sur la nullité de l'adoption des enfants naturels, dans un travail publié dans la *Revue de droit français et étranger*, année 1844, p. 161.

Digitized by Google

cipes généraux de la solidarité des débiteurs en matière civile; — 3. Des principaux cas de solidarité légale ou d'obligation *in solidum* en matière civile; — 4. De la solidarité en matière commerciale; — 5. De la solidarité en matière criminelle. On voit que ces divisions embrassent le sujet dans tous ses rapports avec les différentes branches de notre droit.

En resserrant ce plan dans des proportions un peu plus étroites, nous allons le parcourir pour ce qui concerne le droit civil, le droit commercial et le droit criminel, afin d'examiner quelques-unes des solutions qui ont été adoptées, sur des questions capitales, par notre collègue. Ce sera le moyen de donner une juste idée de la haute valeur scientifique de son livre, tout en appelant l'attention de nos lecteurs sur des points de doctrine utiles pour la pratique. S'il nous arrive quelquefois de ne pas partager les opinions de notre ami, il trouvera, nous n'en doutons pas, dans la franchise de nos critiques, une preuve du prix que nous attachons à ses travaux et de l'intérêt avec lequel nous les avons parcourus.

2. Nous ne nous occuperons pas de la solidarité entre les créanciers qui fait l'objet du premier chapitre de la première partie de l'ouvrage de M. Rodière, quoique cette matière y soit traitée d'une manière savante : la solidarité des débiteurs offre un plus grand intérêt d'application, et c'est d'elle dont nous allons nous occuper. Commençons d'abord par quelques notions générales, afin de pouvoir aborder ensuite avec plus de facilité les questions que nous nous proposons d'examiner.

La solidarité des débiteurs peut prendre sa source dans une convention, et elle est alors *conventionnelle;* elle peut être établie par une disposition de la loi, et elle est alors *légale;* elle peut se rattacher à une obligation engendrée par un quasi-contrat, par un délit ou un quasi-délit.

La solidarité se divise en *solidarité parfaite* et en *solidarité imparfaite*, ou obligation *in solidum*.

Il y a *solidarité parfaite* lorsque les débiteurs obligés solidairement ont entendu se donner respectivement mandat les uns aux autres pour qu'un seul pût être le représentant de tous à l'égard du créancier. Dans ce cas, ceux qui sont ainsi débiteurs

Digitized by Google

d'une même dette se trouvent associés de telle manière qu'ils ne forment qu'une seule personne juridique représentée par chacun d'eux vis-à-vis du créancier [1].

La *solidarité* est *imparfaite* lorsque chacun des débiteurs doit acquitter l'entière dette sans qu'il existe entre les divers obligés ce lien qui, dans la solidarité parfaite, constitue chacun d'eux le représentant de tous les autres.

3. La solidarité *conventionnelle* est toujours parfaite. La solidarité *légale* l'est également dans certains cas, lorsque les coobligés sont investis ensemble de certains droits dont l'exercice peut engendrer des obligations. Ainsi la *solidarité* est *parfaite* entre la mère tutrice qui s'est remariée et son nouvel époux (C. Nap., 395, 396) [2]; entre les exécuteurs testamentaires, dans le cas qui fait l'objet de la disposition de l'article 1033 du Code Napoléon [3]; entre ceux qui détiennent à titre de prêt à usage une même chose qu'ils ont empruntée conjointement (C. Nap., 1887) [4]; entre co-mandants, lorsque les conditions exigées par l'article 2002 sont réunies [5].

4. Il y a *solidarité imparfaite*, ou pour employer le langage de notre auteur, simple obligation *in solidum*, dans les cas, par exemple, de responsabilité du subrogé tuteur à raison de la négligence ou des prévarications qui lui sont imputables et qui l'obligent à l'égard des mineurs avec le tuteur (C. Nap., 1442, 2137) [6]; entre les locataires en cas d'incendie (C. Nap., 1734) [7]; entre les propriétaires d'un même navire pour l'application de l'article 216 du Code de commerce [8]; entre ceux qui sont condamnés pour un même crime ou pour un même délit, et les

[1] « On présume, dit Renusson, qu'étant tous obligez à la mesme dette et pour mesme cause, ils se communiquent tout ce qui les regarde en commun, ils sont considérez comme mandataires respectivement les uns des autres. Pour ce qui regarde l'obligation commune, ce qui est fait contre l'un est réputé fait contre tous, quand ce qui est fait ne va qu'à conserver la dette, et non pas à la faire changer de nature ou à l'augmenter. » (*De la subrogation*, chap. 7, p. 195.)

[2] M. Rodière, p. 130, n° 186.

[3] *Ibid.*, p. 146, n° 195.

[4] *Ibid.*, p. 160, n° 211.

[5] *Ibid.*, p. 164, n°s 116, 117.

[6] *Ibid.*, p. 142, n°s 189, 190 et 191.

[7] *Ibid.*, p. 154, n° 206.

[8] *Ibid.*, p. 216, n° 281.

Digitized by Google

personnes civilement responsables (C. pén., 55; C. Nap., 1382)[1].

5. C'est dans la section 10 du second chapitre de la première partie de son travail que M. Rodière fait ressortir l'importance d'application de la distinction établie entre la solidarité parfaite et la simple obligation *in solidum*. Elles diffèrent non-seulement sous le rapport de *leurs origines*, mais encore sous le rapport de *leurs effets*, soit vis-à-vis du créancier, soit entre les débiteurs.

a.—Vis-à-vis du créancier et dans ses rapports avec les débiteurs, la circonstance que ces débiteurs ne sont pas, lorsqu'il n'y a qu'une solidarité imparfaite, les représentants les uns des autres, amène les conséquences suivantes :

1° Les poursuites dirigées contre l'un des débiteurs ne sont pas interruptives de la prescription à l'égard des autres, sauf l'application, pour les matières criminelles, des articles 637 et 638 du Code d'instruction. Il en est autrement lorsqu'il s'agit de la solidarité parfaite, ainsi que le constatent les dispositions de l'article 1206 du Code Napoléon.

2° Les actes faits ou les jugements rendus avec un seul des débiteurs, ne peuvent jamais profiter qu'à lui. Ainsi la remise de la dette consentie à un seul des débiteurs, la novation résultant d'un traité passé avec lui, le serment par lui prêté, le jugement de relaxe qu'il a obtenu, l'appel ou tout autre recours qu'il a formé, ne peuvent pas être invoqués par les autres débiteurs et ne leur confèrent aucun droit.

3° Lorsqu'il y a solidarité parfaite, le créancier qui réclame la totalité de la dette à l'un des débiteurs doit être en position de lui transmettre ses actions pour les parts que celui-ci aura à répéter contre ses codébiteurs, suivant le principe consacré par l'article 2037 du Code Napoléon. S'il a compromis, par son fait, l'utilité de l'action récursoire, le débiteur qu'il actionne peut échapper aux rigueurs de la solidarité. « Rien de semblable, au moins en général, n'a lieu dans l'obligation *in solidum*, dit M. Rodière. Le créancier n'a rien à céder, parce qu'il ne s'y est pas engagé tacitement, comme il s'y engage tacitement dans l'obligation solidaire[2]. »

[1] *Ibid.*, p. 147 et suiv., nos 196 et suiv.

[2] P. 126, n° 173. — C'est une très-grave question que celle de savoir si le créan-

Digitized by Google

b. — Dans les rapports respectifs des débiteurs entre eux, l'absence de tout lien résultant d'un mandat réciproque unissant les débiteurs, distingue aussi la solidarité imparfaite de la solidarité parfaite, et amène encore les conséquences suivantes :

1° Dans la solidarité parfaite, le débiteur actionné pour le tout peut user, vis-à-vis du créancier, de l'exception de garantie pour l'exercice de son recours contre ses codébiteurs (C. proc. civ., 175-185). Il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de la solidarité imparfaite. Le créancier n'ayant contracté aucun engagement n'est pas tenu de subir des délais par rapport à un débiteur obligé *in solidum* isolément, et qui ne peut acquérir des droits à un recours que par un payement.

2° Le principe de la division de la dette entre les codébiteurs

cier qui a, par son fait, rendu impossible les subrogations aux sûretés existantes à son profit du chef de l'un des débiteurs solidaires, perd son action solidaire contre les autres débiteurs pour la part concernant celui dont l'insolvabilité lui est imputable. L'article 2037 du Code Napoléon accorde expressément à la caution l'exception *cedendarum actionum*, et la plupart des auteurs enseignent que cette exception peut être également invoquée par le débiteur solidaire. Telle est l'opinion de Pothier, *Des obligations*, nos 275, 557, et cette opinion a été adoptée par M. Toullier, t. VII, n° 172; par M. Delvincourt, t. II, p. 717, note 5; par M. Merlin aux *Questions de droit*, vo *Solidarité*, § 5; par M. Zachariæ, t. II, § 298, p. 273, note 40, et t. III, § 429, p. 165, note 4; par M. Duranton, t. XVIII, n° 382. La question a été aussi indirectement résolue dans ce sens par un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1816 (Sirey, XVI, 1, 327). Cependant M. Troplong, dans une remarquable dissertation qu'on trouve dans son Commentaire sur le titre du cautionnement, au n° 563, combat la doctrine de ces auteurs et soutient que le principe consacré par l'article 2037 n'est pas applicable aux débiteurs solidaires. La doctrine admise par ce savant magistrat a en sa faveur deux arrêts de la Cour de cassation, en date des 5 décembre 1843 et 13 janvier 1852 (Devill. et Car., 1844, 1, 71; — 1852, 1, 104). M. Rodière, à la p. 111, n° 154 de son ouvrage, combat l'opinion de M. Troplong et cette jurisprudence de la Cour de cassation. Quant à nous, nous avons toujours enseigné, en matière de solidarité parfaite, que le codébiteur solidaire qui acquitte l'entière dette a droit, en vertu de l'article 1251, n° 3, du Code Napoléon, au bénéfice d'une subrogation dont l'utilité ne peut lui être enlevée par le fait du créancier, sans que ce dernier soit censé renoncer au bénéfice de l'action solidaire. L'article 2037 ne fait qu'appliquer au cas spécial du cautionnement le principe général en vertu duquel celui qui s'engage à payer pour autrui est censé ne le faire qu'en vue des garanties qui lui assurent un remboursement. Au reste, M. Troplong se décide principalement par ce motif que le bénéfice de cet article 2037 ne peut pas être invoqué par la caution solidaire, et qu'il y a les mêmes raisons pour le refuser au coobligé. Or c'est une question encore controversée que celle qui concerne la caution solidaire, et nous voyons même qu'elle vient d'être récemment résolue contrairement à l'opinion de M. Troplong, par un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation, du 16 mars 1852. Elle avait déjà été résolue dans le même sens par un précédent arrêt de la même chambre, en date du 9 janvier 1849 (Devill. et Car., 1849, 1, 278; — 1852, 1, 636).

Digitized by Google

par portions viriles ou égales, constitue la règle générale lorsqu'il s'agit de la solidarité parfaite; il n'en est plus de même quand il n'y a qu'une solidarité imparfaite. « Le principe de la division de la dette par portions viriles n'a alors rien d'obligatoire, dit notre estimable collègue, et ne doit être appliqué qu'autant que les tribunaux ne trouvent dans les circonstances de la cause aucun autre élément de répartition [1]. »

3° Enfin, ajoutons que dans la solidarité parfaite le débiteur qui paye la totalité de la dette l'acquitte pour son compte, quant à sa part, et pour le compte de ses codébiteurs en qualité de mandataire, quant aux parts qui les concernent. Les choses ne se passent pas, en général, ainsi lorsqu'il s'agit de la simple obligation *in solidum;* celui qui paye doit tout personnellement. Si le payement qu'il fait éteint la dette et libère ses codébiteurs, c'est parce que le créancier ne peut pas obtenir plusieurs fois ce qui lui est dû.

§ 1. — De la solidarité des débiteurs en matière civile.

6. Après avoir tracé les caractères distinctifs qui différencient la solidarité parfaite de l'obligation *in solidum*, notre honorable collègue s'occupe, dans le chapitre III de la première partie de son livre, des principaux cas de solidarité légale ou d'obligation *in solidum* en *matière civile* [2]. Parmi les sujets très-divers qu'il parcourt, il en est un sur lequel nous croyons devoir nous arrêter, parce qu'on a fréquemment à s'en occuper devant les tribunaux : c'est l'obligation de fournir des aliments. Quelle est la nature de cette obligation, et comment doit-elle être acquittée lorsqu'elle est imposée à plusieurs débiteurs? Voilà une question sur laquelle la doctrine et la jurisprudence sont encore loin d'établir des principes bien constants.

Notre collègue fait d'abord remarquer que l'obligation de fournir des aliments dérive tantôt *de la loi*, tantôt d'une disposition de dernière volonté, tantôt d'une convention. S'occupant d'abord du premier cas (C. Nap., 205-207, 349), il recherche quel est le véritable caractère de la dette alimentaire imposée par la

[1] P. 127, n° 175. *Sic* Sourdat, *De la responsabilité*, t. I, n° 157.
[2] P. 128.

Digitized by Google

loi à plusieurs débiteurs? Est-elle solidaire? Est-elle indivisible? Est-elle divisible?

M. RODIÈRE réfute d'abord l'opinion de TOULLIER qui lui applique les règles de la solidarité parfaite [1]. S'occupant ensuite de la doctrine professée par M. DURANTON qui la maintient indivisible [2], il fait remarquer avec Dumoulin, qu'on ne peut pas induire une véritable indivisibilité de la dette alimentaire de cette circonstance que la vie, qu'elle a pour objet de soutenir, est indivisible [3]. De ce que l'obligation de fournir des aliments n'est ni solidaire, dans le sens d'une solidarité parfaite, ni indivisible, faut-il en conclure avec M. ZACHARIÆ et ses annotateurs [4], dont M. MARCADÉ [5] et M. DUVERGIER [6] ont adopté la doctrine, qu'elle se divise entre ceux auxquels elle est imposée, dans la proportion de leur fortune respective, et de telle manière que chacun ne doive qu'une portion mise à sa charge? C'est là une solution inacceptable, puisqu'elle pourrait amener ce résultat que celui à qui les aliments seraient dus par plusieurs, pourrait se voir réduit au plus triste dénûment par l'effet du mauvais vouloir de certains des débiteurs.

« Que conclure de tout cela, se demande M. Rodière [7], c'est que l'obligation de fournir des aliments n'est, il est vrai, ni une obligation solidaire proprement dite, ni une obligation indivisible, mais que c'est une obligation *in solidum*, c'est-à-dire que chacun des débiteurs, bien entendu dans la mesure de son pouvoir, doit les aliments en totalité; qu'il les doit, non-seulement quand ses coobligés ne peuvent y concourir, mais encore quand, le pouvant, ils sont en retard ou même qu'ils refusent absolument de le faire.... Les tribunaux peuvent donc, sans difficulté, à notre avis, condamner l'enfant le plus riche ou le plus voisin de l'as-

[1] Toullier, *Droit civil français*, t. II, n° 613.

[2] *Cours de droit français*, t. II, n°s 424, 425.

[3] « Quamvis quis pro parte vivere non possit, dit DUMOULIN, tamen alimenta dividua sunt : id est, res quibus alimur, pro parte, sive ab uno, sive a pluribus, præstari possunt, ut natura et experientia docent. » (*Extricatio labyrinthi dividui et individui*, pars 2a, n° 238.)

[4] *Cours de droit civil français*, t. III, p. 695, § 552, n° 18.

[5] *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, p. 538, sur l'art. 207, n° IV.

[6] Notes sur TOULLIER, *loc. cit.* *V.* aussi, dans le même sens, M. VALETTE sur Proudhon, t. I, p. 448, et M. DEMOLOMBE, t. IV, n° 63.

[7] P. 131, n° 178.

Digitized by Google

cendant, à lui fournir la totalité de la pension, sauf son recours pour la part qu'ils déterminent contre les autres enfants. »

7. De ce principe, dont l'évidence nous paraît manifeste, que la dette des aliments imposée à plusieurs offre un cas de solidarité imparfaite ou de simple obligation *in solidum*, M. Rodière induit cette conséquence que le jugement rendu avec l'un des débiteurs n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres, et que la question de la dette alimentaire peut être de nouveau agitée avec ceux qui n'ont pas figuré dans la première demande. « D'un autre côté, ajoute-t-il, l'enfant actionné peut bien, sans contredit, exercer un recours contre les autres enfants pour les faire concourir au payement de la pension alimentaire. Mais il ne serait pas fondé à répéter pour aucune part, ce qu'il aurait payé avant de les mettre en cause, vu qu'en fournissant les aliments il aurait payé sa propre dette et non point celle d'autrui. »

8. Tout en reconnaissant, avec notre savant collègue, que celui à qui la loi impose, avec d'autres, la dette des aliments, acquitte une obligation qui lui est personnelle en les fournissant, nous avons le regret de ne pas pouvoir admettre les conséquences trop rigoureuses qu'il induit de ce principe, lorsqu'il refuse tout recours contre les autres débiteurs à raison des sommes que celui qui est recherché aurait payées avant de leur dénoncer la demande et de les actionner. Il faut en effet envisager séparément la position des enfants envers l'ascendant et envers celui d'entre eux qui a fourni les aliments. Par rapport à l'ascendant, chacun des enfants est tenu *in solidum* de la dette alimentaire dans une mesure proportionnée à sa propre fortune et aux entiers besoins de celui qui doit être alimenté (C. Nap., 208). Par rapport aux débiteurs, l'alimentation fournie par l'un d'eux éteint la dette vis-à-vis de tous, mais engendre en même temps, en faveur de celui qui l'a acquittée, le droit de répéter, contre chacun des codébiteurs, une part proportionnée à sa position de fortune. Ce droit prend sa source dans l'équité qui exige qu'une dette, commune à plusieurs, soit supportée par tous dans des proportions en rapport avec la position de chacun. La circonstance que les aliments réclamés ont été fournis avant toute dénonciation de la demande aux autres enfants est indifférente dès que l'existence de la dette

Digitized by Google

qui pesait sur tous est reconnue, et dès que l'enfant qui l'a acquittée n'a pas manifesté sa volonté de donner et n'a rien fait dont on puisse induire une renonciation à tout recours. L'empressement avec lequel il a acquitté la dette s'explique par l'urgence des besoins auxquels il fallait satisfaire. *Paul*, par l'effet d'un revers subit de fortune, tombe dans une extrême indigence et a trois enfants qui vivent dans l'aisance; il s'adresse à celui qui est le moins éloigné. Celui-ci s'empresse d'accomplir, avec une pieuse sollicitude, l'obligation que lui impose la loi et qui lui est commune avec ses frères. Faut-il qu'il ne puisse s'assurer un recours qu'autant qu'il laissera son père sous la pression de la faim, jusqu'à ce qu'un acte judiciaire ait pu être signifié à ses frères qui résident à de grandes distances, nous pouvons même supposer au delà des mers? Assurément non. La circonstance que le payement a précédé la dénonciation de la demande du père ne peut, en aucune manière, influer sur la position respective des enfants, quant à l'acquisition et à l'exercice des droits de celui qui a payé, contre les autres codébiteurs. Sans doute, lorsqu'il s'agit des rapports de l'enfant et du père, nous dirons avec notre collègue que celui qui paye les aliments acquitte sa propre dette et non celle d'autrui; mais cela n'est plus aussi vrai lorsqu'il s'agit des rapports des enfants entre eux : celui qui paye libère les autres, et cette libération engendre en sa faveur le droit d'exercer un recours. Remarquons même que l'enfant actionné par le père ne peut pas opposer à ce dernier l'exception de garantie [1] et que le payement doit par conséquent être immédiat si l'on veut éviter un jugement.

9. Passant ensuite au cas dans lequel les aliments sont dus en vertu d'un titre, M. Rodière s'occupe du legs d'une pension alimentaire à la charge de plusieurs héritiers. Il ne pense pas que chacun des héritiers doive dans ce cas la totalité des aliments, et il se prononce pour la division de la dette. « Nous pensons, dit-il, qu'en pareille hypothèse il n'y a pas, au moins en principe, d'obligation *in solidum* : comme l'obligation de fournir la pension alimentaire n'est point ici une conséquence des rapports

[1] *Supra*, n° 5.

Digitized by Google

qui unissent les personnes, comme elle n'est qu'une charge des biens; il est naturel qu'elle se divise comme les biens eux-mêmes, que chaque héritier n'en doive que sa part, à moins qu'il ne résulte de quelque clause spéciale du testament que le testateur a voulu obliger ses héritiers solidairement, ce qu'il a certainement le droit de faire[1]. »

En donnant notre entier assentiment à la dernière assertion de notre collègue relative au pouvoir qu'a le testateur d'imposer à ses héritiers la solidarité par rapport à une pension alimentaire, nous allons plus loin, et nous admettons qu'il est, en général, censé la leur avoir imposée lorsque la qualification qu'il a donnée au legs, et les circonstances témoignent qu'il a entendu assurer des aliments. Celui qui lègue *des aliments* veut assurer à son légataire ce qui est nécessaire pour l'entretien de la vie. Sa volonté impose à ses héritiers des obligations avec une puissance égale à celle de la loi. En les grevant d'une pension alimentaire, il leur a imposé la charge de faire vivre celui qu'il en a gratifié suivant ce qu'il a lui-même réglé quant aux rapports entre les besoins et les secours. Ce qu'il a voulu, c'est que le légataire eût sa subsistance assurée, et cette volonté impose aux héritiers l'obligation *in solidum*. Les articles 581 et 582 du Code de procédure reconnaissent aux legs alimentaires des caractères particuliers en ne permettant de les frapper de saisie-arrêt que pour la portion que le juge aura arbitrée et qui lui paraîtra excéder ce qui est strictement nécessaire pour l'alimentation. On voit donc que le législateur a, dans la réalité, appliqué les mêmes principes aux pensions alimentaires adjugées par la justice, et à celles établies par des dispositions de dernière volonté. Dans l'un et l'autre cas, les aliments sont également protégés et assurés à celui à qui ils sont dus. Pourquoi, lorsqu'il s'agit des débiteurs, n'appliquerions-nous pas les mêmes règles, soit que l'alimentation se trouve due en vertu de la loi, soit qu'elle soit due en vertu d'une disposition de l'homme? Dans l'un et l'autre cas, la division de la dette ne met-elle pas également en danger de ne pas voir se réaliser l'accomplissement d'une obligation dont la nature est la même?

[1] P. 133, n° 180.

Digitized by Google

Tout ce qu'il nous serait possible d'accorder, c'est que les héritiers pourraient obtenir la division de la dette pour la partie du legs qui excéderait notoirement les besoins du légataire, si la pension léguée était manifestement exhorbitante.

10. Ce que nous venons de dire du legs des aliments ne nous paraît pas entièrement applicable à la pension alimentaire établie par un contrat et due par plusieurs. Ici les parties ont été en présence et ont pu stipuler la solidarité. Si elles ne l'ont pas fait, elles sont censées avoir adopté la division de la dette (C. Nap., 1202). Cependant, si les débiteurs s'étaient obligés d'une manière bien précise à *alimenter* pendant sa vie celui envers lequel ils auraient contracté l'engagement de servir une pension, on pourrait appliquer les règles relatives à l'indivisibilité intentionnelle qui sont l'objet des dispositions des articles 1218 et 1221, n° 5, du Code Napoléon.

§ 2. — De la solidarité en matière commerciale.

11. Dans les matières civiles, la division de la dette entre les débiteurs qni se sont obligés ensemble constitue le droit commun (C. Nap, 1202). La règle opposée a toujours été suivie par les commerçants. LAPEYRÈRE, avocat au parlement de Bordeaux, avait formulé, sur ce point, cette maxime : « Sont les marchands réputés *solidairement* obligés lorsqu'ils contractent de compagnie[1]. » M. Rodière présente d'abord des aperçus historiques sur cette règle du droit commercial qu'il admet[2]. Aux raisons juridiques qu'il donne pour en expliquer les fondements, nous ajouterons les suivantes dont nous induirons quelques conséquences d'application. — Dans les rapports ordinaires de la vie civile deux particuliers qui contractent ensemble un engagement et qui se reconnaissent débiteurs d'une somme d'argent, sont censés ne vouloir s'obliger que dans une proportion relative à leur intérêt dans l'affaire qu'ils traitent. Leur engagement n'a en effet pour cause que l'avantage individuel qu'ils en retirent et ne doit pas, par conséquent, excéder leur part. Dans le commerce, au contraire, on se réunit pour spéculer au moyen du crédit, et on obtient de ceux avec lesquels on

[1] Lettre M, n° 16.
[2] P. 174, n°s 232 et suiv.

Digitized by Google

traite des conditions d'autant plus avantageuses que les garanties qu'on leur procure sont plus certaines. Ceux qui exécutent ensemble une opération, et qui contractent collectivement un engagement, sont dès lors présumés vouloir procurer les sûretés que la solidarité assure. La solidarité confère, en effet, à un engagement, une valeur commerciale qu'il n'aurait pas si on ne pouvait réclamer à chacun des débiteurs qu'une fraction de la dette. Il y a plus, comme l'exactitude des payements aux échéances est une des conditions sans lesquelles le commerce ne pourrait pas fonctionner, toute dette commerciale se portant, en principal, à deux cents francs et au-dessus, emportera la contrainte par corps (L. 17 avril 1832, art. 1). On constate donc, en examinant les faits, que *la solidarité* et *la contrainte par corps* offrent les deux bases du crédit qui font prospérer le commerce et ont dû s'introduire, *rebus ipsis dictantibus*, dans la législation qui le régit, par l'effet naturel des opérations au moyen desquelles les commerçants réalisent leurs bénéfices. Voilà comment la solidarité des engagements est la règle générale en matière commerciale, tandis qu'elle n'offre qu'un droit exceptionnel dans les matières purement civiles [1].

12. De cet état de choses si simple et si rationnel, s'induit, comme conséquence, que les souscripteurs d'un simple billet ou d'un engagement quelconque sont *solidaires* de plein droit lorsqu'ils se sont obligés ensemble pour une opération commerciale qui leur est commune. Notre collègue admet pour ce cas la solidarité sans aucune hésitation [2].

13. Mais si le billet consenti par des commerçants n'indique pour cause aucune opération commune aux souscripteurs, la solidarité aura-t-elle lieu de plein droit et de la même manière? M. Rodière répond que non et se prononce, dans ce cas, pour la division de la dette : « A la vérité, dit-il, d'après l'article 638 du Code de commerce, les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce, lorsqu'une autre cause n'y est pas exprimée. Mais ce n'est pas à dire que ces billets

[1] *V.*, pour de plus amples détails, notre *Traité de droit commercial*, t. I, n° 580.

[2] P. 215, n° 279.

Digitized by Google

doivent être présumés avoir pour cause une opération commerciale commune aux souscripteurs. Il peut très-bien se faire, par exemple, que les deniers empruntés aient été divisés entre les emprunteurs immédiatement après le prêt, et qu'ils aient employé chacun leur part de ces deniers, non pas à une opération commune, mais à leur commerce particulier. Cette supposition est même la plus vraisemblable, et doit faire écarter dans ce cas la présomption de solidarité[1]. »

On doit prévoir, d'après les principes que nous avons exposés, que cette solution est du petit nombre de celles sur lesquelles nous ne pouvons pas adopter l'avis de notre savant collègue et ami. Sans doute, il peut se faire que les deniers livrés aux commerçants, qui ont fait ensemble un emprunt, aient été partagés entre eux et aient été employés par chacun d'eux pour son commerce particulier; cette circonstance, lors même qu'elle serait avouée et établie, nous toucherait peu. Nous trouverions toujours dans le concours des signataires d'un même billet pour un emprunt fait collectivement, une association qui aurait pour but de s'aider respectivement du crédit de chacun pour obtenir des fonds avec plus de facilité et à des conditions meilleures. On s'associe, dans le commerce, pour emprunter comme pour toute autre chose. On spécule en se réunissant et en employant le crédit collectif pour avoir de l'argent à un moindre intérêt ou pour obtenir de plus longs délais, et on est toujours censé avoir voulu donner au créancier les garanties les plus pleines et les plus larges. Dans l'espèce, ce n'est pas sur le rapport existant entre les débiteurs que repose la solidarité, mais bien sur le concours et la réunion de plusieurs pour emprunter commercialement; c'est de ce concours qu'on induit naturellement que les parties ont voulu substituer à leur crédit individuel un crédit collectif plus puissant et reposant sur la solidarité.

14. M. Rodière, voulant compléter sa démonstration, suppose que le billet ait été souscrit par trois emprunteurs dont deux seulement étaient commerçants : « Le troisième n'est évidem-

[1] P. 215, n° 280.

Digitized by Google

ment tenu, dit-il, que pour sa part, parce qu'il est censé n'avoir pris que le tiers des deniers, et il nous semblerait peu raisonnable de ne pas admettre la même supposition par rapport aux autres[1]. »

Quant à nous, si la simple reconnaissance énonçait une cause commerciale, nous imposerions la solidarité aux trois signataires, car le non-commerçant est régi par les principes du droit commercial, toutes les fois qu'il fait un acte de commerce (C. com., 631, 636, 637)[2]. Si elle n'énonçait pas une cause commerciale, nous déciderions que la présomption établie dans l'article 638 du Code de commerce ne serait applicable qu'aux commerçants; l'obligation n'entraînerait qu'à leur égard la solidarité et la contrainte par corps (C. com., 637; L. 17 avril 1832, art. 3).

15. Si nous n'adoptons pas dans leur entier les opinions de notre collègue sur les points que nous venons d'examiner, il n'en est pas de même pour une autre difficulté dont nous croyons devoir parler à raison de son importance pratique. M. Rodière fait remarquer que l'obligation qui lie envers l'expéditeur ou le destinataire, le commissionnaire primitif, le commissionnaire intermédiaire et le voiturier (C. com., 99, 103) offre un des cas de solidarité imparfaite ou d'obligation *in solidum*[3]. Il se demande si la prescription de six mois et d'un an établie par l'article 108 du Code de commerce, sera interrompue à l'égard de tous les coobligés, par la poursuite dirigée contre l'un d'eux? Notre collègue décide avec raison que les actes qui ont interrompu la prescription contre l'un de ces coobligés, ne sont pas interruptifs à l'égard des autres. Le commissionnaire primitif, le commissionnaire intermédiaire et le voiturier ne sont pas, en effet, unis entre eux par les liens de la solidarité conventionnelle dont il est question dans l'article 1206 du Code Napoléon. Ils sont simplement obligés *in solidum*, par cette circonstance que chacun

[1] *Ubi supra.*

[2] *V.* notre *Traité de droit commercial*, t. I, n° 98.

[3] P. 204, n° 267. — L'expéditeur ou celui à qui la marchandise appartient peut donc, en cas de perte ou d'avarie, actionner le commissionnaire primitif, le commissionnaire intermédiaire et le voiturier, pour les faire condamner *in solidum* au payement de l'entier montant des indemnités qui lui sont dues.

Digitized by Google

d'eux est garant des faits de celui qu'il a employé, et tenu de réparer le dommage qui est le résultat d'un mauvais choix et d'une faute qui lui est imputable [1].

16. Mais lorsque l'expéditeur ou le destinataire a exercé son recours dans les six mois ou dans l'année contre le commissionnaire primitif, ce dernier aura-t-il à son tour un nouveau délai de six mois à partir de l'époque à laquelle il a été actionné pour exercer son recours en garantie contre le sous-commissionnaire qu'il a employé, ou contre le voiturier, ou bien ne jouira-t-il que du reste de ce délai de six mois ou d'un an qui court, pour les cas de perte, du jour où le transport aurait dû être effectué, et, pour les cas d'avarie, du jour où la remise des marchandises a été faite (C. com., 108)?

Cette question a une importance bien grande, car il peut arriver que l'expéditeur ou celui à qui la marchandise est expédiée, n'intente son action contre le commissionnaire primitif ou contre le voiturier qu'à une époque très-prochaine de l'expiration du délai de six mois ou d'un an. Dans ce cas, si on décide que ce délai affranchit de toute espèce de recours tous les obligés, il pourra arriver que le commissionnaire assigné seul n'ait pas le temps nécessaire pour actionner à son tour le sous-commissionnaire ou le voiturier qu'il a employé et qui lui doit la garantie. Cette considération si puissante n'a pas arrêté la Cour de cassation qui a refusé, en principe, par un arrêt de rejet du 6 décembre 1830, tout recours après les six mois au commissionnaire primitif contre les intermédiaires dont il s'était servi. Les motifs de cet arrêt méritent d'être rapportés, parce qu'on y trouve ce respect exagéré pour la lettre de la loi qui ne tient aucun compte de son esprit, et qui tend à exclure des jugements la doctrine et le raisonnement. « Attendu, y est-il dit, que cet article (l'art. 108 du Code de commerce) dispose généralement que toutes actions contre le commissionnaire et le voiturier, à raison de la perte ou de l'avarie des marchandises, sont pres-

[1] Code Napoléon, art. 1382 et suiv. — MM. Persil et Croissant pensent aussi que tous ceux qui sont obligés de faire arriver la chose à sa destination sont solidaires. (*Commentaire sur le titre des commissionnaires*, p. 126.) — *V.* aussi, dans le même sens, Goujet et Merger, *Dictionnaire de droit commercial*, v^is *Commissionnaire des transports*, n°s 104 et suiv.

Digitized by Google

crites après six mois pour les expéditions faites dans l'intérieur de la France : que ce délai, en cas de perte, court à compter du jour où le transport aurait dû être effectué; que ces dispositions prises dans l'intérêt du commerce n'admettent pas que ce délai soit prorogé pour le cas où des agents intermédiaires, qui se seraient substitués au premier commissionnaire, ne seraient plus à temps d'exercer des recours entre eux; que cette modification, qui n'a pas été faite par la loi, ne peut être suppléée par les juges [1]. »

Voilà, il faut l'avouer, une décision qui heurte la raison et qui blesse vivement l'équité en affranchissant de tout recours celui qui a commis la faute, et en laissant peser toutes ses conséquences sur celui dont la responsabilité ne se trouve engagée que par le fait d'autrui. Vainement a-t-on allégué, pour tâcher de pallier ce que cette solution offre de contraire à la justice, que le commissionnaire primitif doit s'imputer de ne pas s'être assuré à temps de l'exécution des ordres qu'il avait donné [2]. Ce serait imposer aux commissionnaires de transport des soins qui sont en dehors des habitudes du commerce que de les soumettre à des correspondances et à des recours en prévision de réclamations non encore élevées. « Un commissionnaire, dit avec raison M. Rodière, doit supposer la commission bien remplie par le sous-commissionnaire ou par le voiturier, tant qu'il n'est pas averti du contraire par les poursuites du destinataire ou de l'expéditeur. Il doit donc avoir lui-même un délai de six mois à dater de ces poursuites pour utiliser sa garantie [3]. »

On a voulu encore prétendre qu'il serait contraire aux intérêts du commerce que les délais de six mois et d'un an pussent être longuement prorogés par les recours que le commissionnaire primitif et les sous-commissionnaires pourraient exercer successivement et individuellement les uns à l'égard des autres [4]. Cette objection n'a pas une grande portée, car tous ceux qui ont

[1] Sirey, 1831, 1, 35.

[2] *V.* le rapport de M. le conseiller Hua sur lequel l'arrêt de la Cour de cassation est intervenu (Sirey, 1831, 1, 35).

[3] P. 207, n° 268.

[4] M. Dalloz, *Répertoire*, 2e édit., v° *Commissionnaire*, n° 484.

Digitized by Google

participé au transport sont libérés par un délai unique de six mois et d'un an, s'il n'y a pas de réclamation de la part de l'expéditeur ou du destinataire. Le délai n'est prorogé qu'autant que celui à qui la garantie est due a été actionné en temps utile, et on rentre alors sous l'application du principe général consacré par l'article 2257 du Code Napoléon, qui ne fait courir la prescription, par rapport à l'action en garantie, qu'à partir de la demande principale. Sans doute les intérêts du commerce exigent que des prescriptions assez courtes éteignent les engagements et liquident les positions; mais il faut aussi tenir compte du principe en vertu duquel celui qui n'est pas en demeure d'agir ne doit pas voir ses droits s'éteindre par son inaction. Dans une matière d'une haute importance, lorsqu'il s'agit des lettres de change, la loi commerciale a bien appliqué les principes généraux en admettant des prorogations de délai par l'effet des recours individuels et successifs (C. com., 164-167).

Restent les termes de l'article 108 du Code de commerce, en présence desquels nous ne craignons pas de nous placer. Cet article offre deux dispositions qu'il faut distinguer : l'une qui introduit un délai pour la prescription, l'autre qui établit le point de départ de ce délai. La première de ces dispositions, celle qui fixe le délai de six mois ou d'un an, est applicable à tous ceux qui ont concouru au transport. La seconde, qui règle le point de départ des six mois ou de l'année, n'est évidemment applicable qu'au destinataire ou à l'expéditeur. La marchandise devait arriver à un terme fixé, et ce terme est venu sans qu'elle soit rendue à sa destination; le destinataire devra réclamer dans les six mois ou dans l'an, sous peine de voir ses droits s'éteindre par la prescription. Il réclame en temps utile et il dénonce la non réception au commissionnaire qui s'était chargé de faire effectuer le transport; cette réclamation ouvre un recours à ce dernier contre le sous-commissionnaire qu'il a employé, et ce recours ne pourra être exercé que pendant six mois ou une année à partir de la dénonciation qui lui a donné naissance. Tout cela est si palpable et si rationnel qu'on ne comprend pas comment le contraire a pu être admis.

Au reste la Cour de cassation elle-même paraît avoir adopté

Digitized by Google

ces principes dans un autre arrêt en date du 5 mai 1829. Elle a, en effet, alors rejeté le pourvoi dirigé contre un jugement du tribunal de Saumur, qui avait déclaré interruptive à l'égard du sous-commissionnaire l'action dirigée dans les six mois contre le commissionnaire principal et qui avait admis, après six mois, le recours en garantie de ce dernier [1]. La Cour de Rennes avait aussi décidé la question dans le même sens, le 11 septembre 1819 [2].

VICTOR MOLINIER.

[1] *Ibid.*, 1829, 1, 334.
[2] Dalloz, *Répertoire*, 2e édit., ve *Commissionnaire*, ne 484, note 1.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de septembre 1852.

Par M. V. MARCADÉ,
Ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

1. *Mariage; incompétence de l'officier; publicité.* — La célébration du mariage par l'officier compétent n'est, dans le système de la loi, que l'un des éléments de la publicité.
2. *Filiation naturelle; possession d'état.* — L'article 322 C. Nap., qui défend de contester l'état de celui qui a une possession conforme à son acte de naissance, n'est fait que pour les enfants légitimes.
3. *Partage d'ascendant; action en nullité.* — Les descendants, tant que leur ascendant existe, n'ont aucun droit de critiquer le partage entre-vifs que leur a fait celui-ci.
4. *Cassation; renvoi; dépens.* — Un tribunal de renvoi, après cassation, ne peut pas mettre à la charge de la partie qui succombe devant lui, mais qui avait triomphé en cassation, les dépens de l'arrêt de cassation ou de la décision cassée.
5. *Quotité disponible entre époux.* — Celui qui, ayant trois enfants ou davantage, a donné à son conjoint la moitié en usufruit de ses biens, peut encore disposer pour tout autre du quart en nue propriété. — Jurisprudence contraire de la Cour de cassation; résistance des Cours d'appel.
6. *Donation entre époux; révocation; ingratitude.* — Les donations entre époux, même par contrat de mariage, sont révocables pour ingratitude. La disposition de l'article 959 C. Nap. ne leur est pas applicable.
7. *Dot; remploi; équivalent.* — L'emploi du prix de vente d'un immeuble dotal au payement de dettes de la femme constitue-t-il un mode légal de remplacement? — Solution négative. Critique d'un arrêt de Caen et de la pratique habituelle des tribunaux de Normandie.
8. *Communauté d'acquêts immobiliers; payement des dettes.* — La stipulation d'une communauté d'acquêts réduite aux immeubles est-elle valable? Réponse négative de la plupart des auteurs : critique et solution affirmative.
9. Comment doit ici se régler le payement des dettes faites pendant le mariage : critique d'un arrêt de la Cour de cassation.

1. — (COLMAR, 27 FÉVR. 1852; *Devill.*, 52, 2, 488.) — Dans notre dernier *examen doctrinal* (p. 714 et suiv. du tome précédent), nous signalions comme conforme aux principes un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 5 janvier 1852, qui décide que la célébration du mariage par l'officier d'état civil compétent

Digitized by Google

n'est, dans le système de la loi, que l'un des éléments de la publicité du mariage, et nous établissions la vérité de cette doctrine, contre le sentiment opposé de M. Demolombe, tant par des raisons tirées de la nature même du mariage, que par les textes du Code et les documents nombreux et décisifs des travaux préparatoires. Or nous rencontrons ici un nouvel arrêt, du 27 février 1852, par lequel la Cour de Colmar proclame à son tour le même principe. « Il résulte, dit cet arrêt, de la combinaison des articles 165, 192 et 193 du Code, que l'infraction qui se rattache à la célébration devant l'officier de l'état civil, et même à la compétence de ce fonctionnaire, n'est d'aucune conséquence lorsque, comme dans l'espèce, le mariage réunit *les autres éléments constitutifs de la publicité.* » S'exprimer ainsi, c'est bien dire que la célébration par l'officier compétent n'est rien autre chose que l'un des éléments de la publicité du mariage, ce qui est, en effet, incontestable.

Nous n'avons pas à rentrer ici dans la discussion de ce point de droit, pour lequel nous renvoyons au passage précité de la *Revue*, et à notre commentaire de l'article 191 du Code Napoléon. Nous avons seulement voulu constater l'accord de la jurisprudence à cet égard.

2. — (DOUAI, 6 JUIN 1851; *Dall.*, 52, 2, 221.) — Nous n'aurons pas plus besoin de discussion, et un simple renvoi sera de même suffisant, pour l'arrêt parfaitement juridique rendu par la Cour de Douai, le 6 juin 1851, en matière de filiation naturelle.

Dans notre *Examen* de mai 1851 (t. I, p. 645 et suiv.), nous avons signalé, comme profondément contraire aux principes les plus certains, un arrêt par lequel la Cour de Paris prétendait applicable aux enfants naturels, aussi bien qu'aux enfants légitimes, l'article 322 du Code Napoléon, qui déclare qu'on ne peut contester l'état de celui qui a une possession d'état conforme à son acte de naissance. Nous y avons établi que, si l'acte de naissance est, pour les enfants légitimes, preuve de la naissance et aussi preuve de la filiation, il n'a pour l'enfant naturel que le premier de ces deux caractères, à tel point que le législateur, bien loin de l'admettre comme preuve de la filiation na-

Digitized by Google

turelle, n'a pas même voulu qu'il pût, quant à elle, servir de commencement de preuve par écrit.

Cette doctrine vraiment élémentaire, fondamentale, et que nous ne comprenions pas avoir pu être méconnue par un tribunal supérieur, est ici proclamée par le nouvel arrêt qui nous occupe; et si nous avons été affligé de voir la Cour de Paris tomber dans l'erreur insigne que nous lui reprochions alors, nous sommes aujourd'hui heureux de voir la Cour de Douai rétablir à cet égard la saine doctrine, et déclarer nettement que « l'article 322 est exclusivement applicable aux enfants légitimes. »

La vérité est, en effet, que si les deux éléments que cet article 322 suppose réunis, l'acte de naissance, d'une part, et la possession d'état, de l'autre, constituent tous deux, pour la filiation légitime, des preuves dont chacune pourrait suffire isolément, en sorte que leur réunion présente ainsi le concours de deux preuves qui se fortifient l'une par l'autre et se rendent réciproquement inexpugnables, la vérité est, disons-nous, que pour la filiation naturelle, au contraire, ce caractère de preuve n'est donné par la loi ni à l'un ni à l'autre de ces deux éléments. Car si, d'une part, l'acte de naissance ne prouve pas la filiation naturelle, la possession d'état, quoi qu'on ait pu dire à cet égard, et comme le proclame énergiquement et avec grande raison la Cour de cassation, ne la prouve pas davantage, et nous avons donné, dans deux articles spéciaux de cette *Revue*, la démonstration complète et rigoureuse de cette vérité (t. I, p. 150 et suiv., p. 725 et suiv.).

Ainsi, tandis que l'hypothèse prévue par l'article 322, c'est-à-dire l'accord de l'acte de naissance et de la possession d'état, constitue pour la filiation légitime la réunion de deux éléments qui ont tous deux la nature de preuve légale, elle n'est pour la filiation naturelle que la réunion de deux éléments dont aucun n'est une preuve! Cela étant, il est donc bien impossible d'étendre aux enfants naturels la disposition que cet article porte pour les enfants légitimes; et la décision de la Cour de Douai, dès lors, est aussi exacte que celle de la Cour de Paris était fausse.

Cet arrêt de Douai, du reste, avait ici un autre motif pour rejeter la prétention de l'enfant naturel, qui eût dû succomber

Digitized by Google

en fait, alors même qu'en droit l'article 322 serait applicable à la filiation naturelle. Il est évident, en effet, que le titre de naissance dont parle cet article, c'est l'acte de naissance; or l'enfant qui voulait ici s'opposer, en vertu dudit article, à toute contestation de la reconnaissance émanée de son prétendu *père*, rapportait, avec les preuves de sa possession d'état, un acte de naissance qui le disait issu de telle femme *et d'un père inconnu!* Il n'y avait donc plus ici réunion de la possession d'état et d'un titre de naissance conforme, comme l'a très-bien dit l'arrêt; et l'étrange prétention de l'enfant eût dû dès lors être repoussée, alors même que le principe qu'il invoquait eût existé. Mais il n'en est pas moins vrai que ce principe n'existait pas, et on doit savoir gré à la Cour de Douai d'avoir nettement abordé le point de droit, qu'elle pouvait si facilement éluder, et d'avoir débuté par cette déclaration précise et formelle que l'article 322 est exclusivement applicable aux enfants légitimes.

3. — (CASSAT. 14 JUILL. 1852, *J. P.*, 52, 2, 292.) — C'est un point désormais constant en jurisprudence, comme il est aussi parfaitement établi en droit, que le délai imparti à des descendants pour attaquer, soit par une action en rescision, soit par une action en nullité, le partage entre-vifs par lequel leur ascendant divise entre eux ses biens, ne court jamais que du jour du décès de cet ascendant, et que toute action de ce genre est non recevable tant que l'ascendant existe. On avait admis le contraire jusqu'à ces derniers temps; et en 1845 encore, la chambre des requêtes de la Cour de cassation, alors en désaccord sur ce point avec la chambre civile, avait jugé, par arrêt du 4 février [1], que le délai partait dans tous les cas du jour même de l'acte. Mais ce fut là le dernier triomphe de cette doctrine, dont l'erreur a été depuis lors proclamée par tous les arrêts de la Cour suprême.

Nous trouvons ici, à la date du 14 juillet 1852, le dernier de ces arrêts qui, tout en cassant sur un autre chef, celui des dépens, l'arrêt frappé de pourvoi, rendu par la Cour de Paris le 8 avril 1850, maintient la décision du fond sur la non-receva-

[1] *J. Pal.*, 1845, 2, 396; Devill., 45, 1, 305; Dall., 45, 1, 49.

Digitized by Google

bilité de l'action en nullité de partage pendant la vie du disposant.

Les motifs donnés par la Cour suprême dans ce nouvel arrêt, et qui sont, sauf la rédaction, les mêmes que ceux de ses arrêts des 2 août 1848 et 16 juillet 1849, ne laissent rien à désirer pour la justesse et la clarté. Tandis que les arrêts des 30 juin 1847 et 18 février 1851 (Dev., 47, 1, 481; *J. P.*, 1851, 2, 592) ne faisaient que décider la question par la question, en disant : « Attendu que l'action est subordonnée, quant à son exercice, à la mort de l'ascendant, » ou : « Attendu que c'est à l'époque du décès de l'ascendant qu'il faut se reporter pour déterminer la valeur des biens, » le nouvel arrêt, au contraire, comme ceux de 1848 et 1849, fait parfaitement comprendre la vraie raison de décider; et il est étonnant qu'en présence de ses considérants, si clairs et si exacts tout à la fois, le *Journal du Palais*, en annotant la décision, ait écarté les idées si justes de la Cour pour leur en substituer d'autres, qu'il a prises, il est vrai, dans l'arrêt d'appel, mais qui n'en sont pas moins complétement fausses.

D'après l'annotateur qui, nous le répétons, reproduit en cela les idées de l'arrêt de Paris, « la raison de décider est... qu'il » s'agit de prémunir l'autorité paternelle contre de graves at- » teintes, et de ne pas mettre les descendants dans l'alternative » de compromettre leurs droits en gardant le silence, ou de se » montrer ingrats envers leur bienfaiteur en attaquant à son vu » et su l'acte émané de lui en leur faveur. » Que signifient ici ces idées de procédés ingrats et d'atteinte à l'autorité paternelle? est-ce que jamais on pourrait, sous de pareils prétextes, refuser à un descendant l'exercice d'une action, si cette action était vraiment fondée sur un droit? est-ce que, du moment qu'une action sera vraiment l'exercice d'un droit appartenant au demandeur, cette action ne devra pas toujours être reçue, quoiqu'elle soit contraire aux vœux ou aux volontés d'un ascendant de ce demandeur, ou même dirigée contre cet ascendant lui-même? Que, par exemple, un père ait fait à son fils donation de deux immeubles, et que, faisant ensuite de nouvelles réflexions, fort raisonnables peut-être, il veuille ne délivrer qu'un des im-

Digitized by Google

meubles et retenir l'autre; est-ce que l'on pourra, sous le prétexte qu'il faut faire respecter l'autorité paternelle et ne pas permettre à un fils d'être assez ingrat envers son père pour agir rigoureusement contre lui au moment même qu'il en reçoit un bienfait, déclarer non recevable l'action que le fils intente pour se faire délivrer le second immeuble avec le premier? Tout le monde sait que non : tout le monde sait que, du moment qu'une donation régulière a investi le fils d'un droit incontestable sur le second immeuble comme sur le premier, ce fils est parfaitement recevable à exiger l'un et l'autre, contre son père aussi bien que contre tout autre donateur, et que ce qu'il peut y avoir de blâmable, en pareil cas, dans le procédé du fils, est un élément extra-légal dont la loi ne se préoccupe en aucune façon, et qui ne peut trouver sa peine que dans l'opinion publique.

Ce n'est donc pas dans cette idée d'atteinte à l'autorité ou à la dignité paternelle, et d'ingratitude du descendant envers son ascendant, que l'on peut trouver la raison légale de la doctrine dont il s'agit; et il est bon de faire remarquer que les nombreux arrêts de la Cour de cassation, s'ils ont eu quelquefois le tort de n'être pas assez explicites à cet égard et de ne motiver la décision que par des idées qui étaient la question elle-même, ne sont du moins jamais tombés dans le non-sens que nous signalons, non-sens dont on peut d'autant plus s'étonner de la part de la Cour de Paris, prononçant ici en audience solennelle et chambres réunies, que la vraie raison de décider avait été déjà, comme on l'a dit, plusieurs fois indiquée par de précédents arrêts de la Cour suprême. Cette raison, aussi simple que péremptoire, et que l'arrêt de cassation semble avoir développée ici avec d'autant plus de soin qu'elle était méconnue dans l'arrêt attaqué, c'est que les enfants, comme nous l'avons expliqué dans un précédent *Examen doctrinal* de cette *Revue* (t. I, p. 281) et dans la cinquième édition de notre *Explication du Code* (t. IV, n° 877), sont, tant que l'ascendant existe, sans aucune espèce de droit à critiquer le partage des biens de celui-ci.

« Les enfants, avons-nous dit (*loc. cit.*), n'ont, au moment de l'acte qualifié de partage, aucun droit sur les biens, puisqu'ils ne sont pas encore héritiers et ne le deviendront que plus tard,

Digitized by Google

si tant est qu'ils le deviennent. Quant à présent, l'acte n'est pas un vrai partage de succession, il ne le sera que plus tard, et n'est en attendant qu'une pure libéralité. Or comment un enfant se plaindrait-il de recevoir trop peu, quand ce qu'il reçoit lui est donné à pur don? comment prétendrait-il recevoir *moins* (ou, comme dans l'espèce actuelle, recevoir seulement *autre chose*) que ce à quoi *il avait droit*, alors qu'il n'avait *droit à rien?*... C'est seulement quand sera né son titre d'héritier, titre qui lui donnera droit à telle fraction du patrimoine, qu'il pourra être question de critiquer le partage. Or non-seulement il n'est pas encore héritier, mais on ne sait pas même s'il le sera jamais, puisqu'il peut mourir sans postérité avant le donateur, comme il peut aussi renoncer à la succession. Cette éventualité enlève radicalement, du vivant de l'ascendant, toute possibilité d'action. »

L'arrêt du 14 juillet 1852 expose en d'autres termes les mêmes idées. « Attendu, dit-il, que les ascendants ont l'entière faculté, leur vie durant, de disposer à titre gratuit des biens qu'ils possèdent; que dès lors les donations et les partages qu'ils ont faits à leurs descendants ne peuvent être attaqués par ceux-ci qu'à la mort de leur auteur, époque où sa succession s'ouvrant détermine et fixe les obligations et les droits des héritiers les uns à l'égard des autres; que jusqu'au décès, aucun des enfants n'ayant droit sur la fortune de l'ascendant, ne peut critiquer l'usage que celui-ci en fait. »

Quoi de plus solide, et de plus clair aussi, que ces idées?... Puisque l'ascendant, tant qu'il vit, est le maître de faire ce qu'il veut de ses biens, et que ses descendants n'ont aucune espèce de droit sur eux, il est bien clair que ces descendants ne peuvent pas plus critiquer le partage entre-vifs, qu'ils ne pourraient demander à faire réduire, si excessive qu'elle fût, la donation faite à un tiers par leur auteur. Puisque c'est seulement au décès de l'ascendant que leur droit existera, c'est donc seulement alors qu'il pourra être question de rechercher si ce droit a été blessé sous tel ou tel rapport par les actes quelconques que l'ascendant a pu accomplir.

Ainsi donc, c'est parce que le descendant n'a ni ne peut avoir *aucun droit* d'attaquer le partage avant le décès de l'ascendant,

Digitized by Google

que son action est jusque-là non recevable, et nullement par de prétendues raisons d'ingratitude et d'atteinte à l'autorité paternelle. Il est fâcheux qu'un annotateur, qui se propose d'éclairer et de justifier la doctrine d'un arrêt, vienne exposer des idées aussi fausses, au moment même où le texte de cet arrêt donne les bonnes; et mieux vaudrait assurément, pour le progrès des connaissances juridiques et jurisprudentielles, ne pas faire de notes doctrinales que de les faire ainsi.

4. S'il est étonnant que la Cour de Paris, jugeant chambres réunies sur renvoi après cassation, dans l'espèce qui vient de nous occuper, n'ait pas su trouver, malgré les indications antérieures de la Cour suprême, les vrais motifs de la solution (exacte en elle-même) à laquelle elle s'arrêtait sur la question du fond, il l'est plus encore qu'elle ait pu méconnaître les principes comme elle l'a fait, sur la question des dépens. La partie qui avait triomphé devant la Cour de cassation en y faisant casser l'arrêt par elle attaqué, arrêt émané de la Cour d'Amiens, ayant ensuite succombé devant la Cour de Paris, celle-ci a cru pouvoir la condamner, et l'a condamnée en effet, non pas seulement aux dépens faits devant elle, Cour de Paris, mais aussi à ceux des instances d'Amiens et de cassation. Or, c'était là une violation flagrante, et de l'article 1351, C. Nap., sur l'autorité de la chose jugée pour la dernière de ces deux instances, et de l'article 130, C. proc., pour toutes deux.

Le principe en cette matière, principe posé par l'article 130 du Code de procédure, c'est qu'on doit condamner aux dépens d'une instance la partie qui y succombe. Or, qui avait succombé dans l'instance de cassation? c'était le défendeur à la cassation; et le demandeur, lui, avait triomphé, puisqu'il avait fait casser l'arrêt obtenu à Amiens par son adversaire. La Cour de Paris, dès lors, ne pouvait pas condamner ce demandeur, sous le prétexte qu'il succombait devant elle, aux frais faits dans cette instance de cassation : qu'elle dût le condamner aux frais faits devant elle, c'était évident, puisque devant elle il succombait; mais pour les frais de cassation, c'était le contraire, puisqu'en cassation, encore une fois, il avait triomphé.

Ce qui paraît avoir induit en cette grave erreur la Cour de

Digitized by Google

Paris, c'est la prétendue analogie qu'elle a cru exister, mais qui n'existe pas, entre l'effet d'un arrêt d'appel quant au jugement de première instance sur le mérite duquel il statue, et l'effet d'un arrêt de renvoi quant à l'arrêt de cassation qui l'a précédé et provoqué. Quand un jugement de première instance est suivi, sur l'appel, d'un arrêt qui prononce en sens contraire et donne gain de cause à la partie qui avait d'abord succombé, le plaideur qui succombe dans l'instance d'appel est condamné, non pas seulement aux frais de cette instance, mais aussi aux frais de l'instance du premier degré, dans laquelle cependant il avait triomphé. La Cour de Paris a sans doute pensé qu'il en était de même ici, et que celui qui succombe sur le renvoi doit aussi, par voie de conséquence, supporter les dépens de la cassation dont ce renvoi a été la suite. Mais c'est une méprise que le moindre examen aurait dû prévenir.

Quand il y a appel d'un jugement de première instance, ce jugement est remis en question, les choses reviennent en l'état où elles étaient au début du procès; et si l'arrêt d'appel réforme le jugement, ce jugement est anéanti, il se trouve non avenu, l'arrêt devient ainsi la seule et unique décision du débat; les deux instances, dont la première est absorbée par la seconde, deviennent une seule et même instance; de sorte que la partie qui succombe dans cette instance unique doit être condamnée aux dépens de l'instance entière... Il en est tout autrement d'un arrêt de renvoi après cassation. Cet arrêt de renvoi ne vient jamais remplacer l'arrêt de cassation, le supprimer et se substituer à lui; et quand même il ferait succomber la partie qui avait triomphé en cassation, il n'y aura pas pour cela une seule décision, une seule instance, dans laquelle aura succombé une seule partie, mais deux décisions qui subsistent l'une et l'autre, deux instances qui restent distinctes, et dans chacune desquelles les deux parties ont succombé successivement... Il y a ici, disons-nous, deux décisions et deux instances; c'est bien évident, puisque la question à juger par l'arrêt de renvoi n'est pas la question qu'avait à juger et qu'a jugée l'arrêt de cassation. Devant la Cour suprême, le seul et unique point en question, c'est la cassation ou le maintien de la décision attaquée; or, il est clair que cette question, la

Digitized by Google

seule de l'instance en cassation, n'existe plus devant le tribunal de renvoi; elle n'existe plus, et par deux raisons bien évidentes : d'une part, le tribunal de renvoi, quel qu'il soit, ne serait pas compétent pour s'occuper de questions de cassation d'arrêts, et il n'y a pas vingt, soixante ou deux cents tribunaux de cassation en France, mais un seul; d'autre part, la décision attaquée étant, lors du renvoi, bien et dûment cassée, puisque le renvoi n'est que la conséquence de sa cassation, il n'y a donc pas lieu de se demander s'il faut la casser? Sans doute la Cour de cassation et la Cour de renvoi se rencontreront le plus souvent sur le même terrain pour la discussion des points de doctrine qui sont en jeu dans l'affaire, et sous ce rapport elles traiteront toutes deux les mêmes idées; mais ces points communs, remarquez-le bien, ne seront que *les motifs* de leur solution; or, ce n'est pas dans les motifs d'une décision, c'est dans son *dispositif* seulement, que se trouve la question jugée; et le dispositif des arrêts de la Cour suprême se constitue exclusivement de cette simple phrase : LA COUR CASSE *telle décision*, ou bien LA COUR REJETTE LE POURVOI *formé contre cette décision*.

Donc, tandis que dans le cas d'appel, le tribunal saisi de cet appel est précisément appelé à juger la même question que le tribunal précédent, de sorte que, s'il réforme la première sentence, il n'y aura toujours qu'une seule question jugée, qu'une seule décision existante, qu'une seule instance vidée; dans le cas de renvoi par cassation, au contraire, il y a deux questions jugées, deux décisions, deux instances, et dès lors, le plaideur qui succombe dans la seconde de ces instances, et qui doit par conséquent en supporter les frais, n'en sera pas moins affranchi de ceux de la première, si c'est lui qui a triomphé quant à elle.

Cette impossibilité de charger des dépens de l'instance de cassation celui qui a fait prononcer la cassation, alors même qu'il succombe ensuite devant la Cour de renvoi, était d'autant plus manifeste, et il est d'autant plus étrange que la Cour de Paris ne l'ait pas aperçue, qu'elle résultait de l'arrêt même qui saisissait cette Cour, arrêt qu'il eût suffi de lire pour trancher la question, ou plutôt pour voir qu'il n'y avait pas ici de question possible. La Cour de cassation, en effet, soit qu'elle casse, soit qu'elle re-

Digitized by Google

jette, liquide toujours elle-même les frais faits devant elle et y condamne celle des parties qui succombe dans le pourvoi. Il suit de là qu'au moment où la Cour de Paris condamnait aux dépens de la cassation l'ex-demandeur en pourvoi, un précédent arrêt inattaquable, l'arrêt même de la Cour suprême, était là qui condamnait à ces mêmes dépens le défendeur à ce pourvoi; en sorte que la Cour de Paris, en jugeant ainsi, ne violait pas seulement l'article 130, C. pr., mais violait encore de la manière la plus ostensible la disposition de l'article 1351, C. Nap., sur l'autorité de la chose jugée, et commettait un véritable excès de pouvoir en se permettant de réformer, sur un point définitivement réglé, le dispositif de l'arrêt de la Cour de cassation.

Quant à l'instance devant la Cour d'Amiens, c'était de même celui qui avait succombé en cassation, c'est-à-dire le défendeur au pourvoi, qui devait en supporter les dépens. Il est bien vrai, en effet, que ce défendeur au pourvoi avait triomphé dans cette instance d'Amiens; mais puisque, d'une part, l'arrêt qui le faisait triompher avait été cassé, comme ayant mal jugé, et que, d'autre part, l'arrêt de Paris n'avait fait triompher de nouveau la même partie que par suite d'un changement de système de cette partie et sans nier le mal jugé de cet arrêt d'Amiens, celui qui avait fait casser cet arrêt, et avait ainsi triomphé quant à l'instance de cassation, se trouvait par là même avoir également triomphé, en définitive, quant à cet arrêt cassé sur sa demande.

L'ex-demandeur en cassation ne pouvait donc être condamné par la Cour de Paris qu'aux dépens de l'arrêt de cette Cour et du jugement de première instance; et c'est avec grande raison que le chef qui le condamnait aux dépens de l'arrêt de cassation et de l'arrêt d'Amiens a été cassé comme violant les articles 130 C. pr., 1351 C. Nap. et contenant un excès de pouvoir.

5. — (AGEN, 30 JUILL. 1851; AGEN, 7 JANV. 1852; TOULOUSE, 24 JUIN 1852 : *J. P.*, 52, 2, 340-341; *Devill.*, 52, 2, 496). — Nous avons eu déjà l'occasion, dans notre examen d'octobre 1851 (t. II, p. 202 et suiv.), de critiquer et de combattre, d'accord en ce point avec la plupart des auteurs et bon nombre de Cours d'appel, la jurisprudence par laquelle la Cour de

Digitized by Google

cassation tient que l'époux qui, ayant trois enfants ou davantage, a donné à son conjoint la moitié en usufruit de ses biens, ne peut plus disposer ensuite, au profit d'un autre, du quart de nue propriété qu'il pourrait encore donner à ce conjoint; et nous avons signalé la résistance que de nombreux arrêts opposent à cette jurisprudence, qu'ils qualifient quelquefois, et non sans fondement, il faut bien l'avouer, de la manière la plus sévère.

Nous rencontrons ici encore trois arrêts dont deux, le premier et le dernier, jugent en sens contraire de cette fausse doctrine, et l'autre ne l'admet qu'en réformant un jugement également rendu en sens contraire et dans lequel on lit « que le système de la Cour de cassation s'appuie sur des bases fausses et erronées, qu'il contrarie la loi comme la volonté des donateurs, qu'il blesse la raison et la morale, qu'il engendre une foule de procès, de fraudes et de mauvaises contestations, et que c'est un devoir pour tous les juges convaincus de résister courageusement à cette jurisprudence désastreuse. »

Si dures que soient ces paroles, nous les croyons vraies néanmoins quant au point particulier qui nous occupe, et nous ajoutons, avec le même tribunal, que le point dont il s'agit ici *n'est pas une question de droit ardue et difficile*, mais bien plutôt *une question de bon sens* qui ne saurait manquer de *recevoir tôt ou tard sa juste solution*.

Ce qui la retarde, cette juste solution, c'est le tort qu'ont eu jusqu'ici des cours d'appel et les auteurs de ne combattre la doctrine exagérée de la Cour de cassation que par une doctrine également exagérée en sens opposé, de défendre une solution fort exacte par des motifs fort inexacts, et de donner ainsi à l'erreur de la Cour de cassation un facile moyen de se soutenir.

En effet, la doctrine des auteurs et des arrêts consiste à prétendre d'une manière absolue que, du moment que la totalité des biens donnés par les deux donations (dont l'une est faite au conjoint) n'excède pas l'importance du plus fort des deux disponibles, ces deux donations doivent s'exécuter l'une et l'autre par cela seul, et sans qu'on ait à s'occuper ni de leur date respective, ni de la nature des biens dont chacune d'elles dispose. Ainsi, par exemple, qu'un époux qui laisse trois enfants ait donné

Digitized by Google

d'abord à son conjoint un quart en pleine propriété, et qu'il ait donné plus tard à une autre personne un quart en usufruit, les deux donations, dans ce système, seraient valables l'une et l'autre, parce que chacune d'elles, d'une part, n'excédant pas son disponible spécial, leur réunion, d'un autre côté, n'excède pas non plus le disponible le plus fort : ce disponible, en effet, est ici de moitié d'usufruit plus un quart de nue propriété, aux termes de l'article 1094 ; or, cette quotité n'est pas excédée par la réunion des deux libéralités.

Tel est le système des auteurs et des arrêts d'appel, système qui s'appuie sur ce principe que l'ordre dans lequel ont été faites deux donations est insignifiant, ici comme ailleurs, pour déterminer la quotité disponible d'un disposant. Or il faut bien avouer que ce principe est faux, et que par conséquent la Cour de cassation a raison de condamner le système qui en découle. Le principe est faux, et la puissance des dates, ici, bien loin d'être insignifiante, est au contraire souveraine, puisqu'à partir du moment où le disponible est épuisé, toute donation postérieure est nulle. Sans doute la date respective des deux donations serait insignifiante, s'il était entendu que la première laissait disponible ce dont la seconde a disposé; mais comme la question est précisément de savoir si la première n'avait pas épuisé le disponible sur lequel on a fait ensuite la seconde, la prétendue raison de décider n'est qu'une pétition de principe qui laisse la question intacte. Or c'est évidemment dans le sens de la Cour suprême que doit, en principe et comme thèse générale, se décider cette question... Tout le monde, en effet, reconnaît bien que le disponible des articles 913—915 est le seul disponible ordinaire, le seul qui puisse être attribué à un donataire quelconque, et que celui de l'article 1094 n'est rien autre chose qu'un crédit exceptionnel et supplémentaire auquel on ne peut jamais recourir que pour le conjoint, non pour aucun autre. Cela étant, comme il est bien évident qu'on ne doit pas en général recourir aux crédits extraordinaires avant que les ressources ordinaires soient épuisées, il s'ensuit qu'en principe, et à moins de circonstances particulières qui commandent une décision différente, la donation première en date, peu importe à qui elle est faite,

Digitized by Google

devra toujours se prendre sur le disponible ordinaire, non sur le supplément exceptionnel de ce disponible. Puis donc que, dans notre exemple, on a donné en premier lieu un quart en pleine propriété, et que ce quart forme la totalité du disponible ordinaire au cas supposé de trois enfants (art. 913), il ne reste donc rien de disponible pour tout autre que le conjoint, le quart d'usufruit qui peut encore être donné d'après l'article 1094 ne peut être donné qu'à ce conjoint, et la donation qui l'attribue à tout autre est nulle.

Voilà ce que les auteurs et les arrêts d'appel ont le tort de ne pas admettre, et ce qui nous paraît pourtant bien évident. Car enfin il n'y a rien, ce nous semble à répondre à cet argument :

On ne peut jamais faire profiter un étranger, c'est-à-dire tout autre que le conjoint, DU BÉNÉFICE DE L'ARTICLE 1094;

Or, quand un époux laissant trois enfants avait d'abord donné le quart en pleine propriété, il avait épuisé par là le disponible de l'article 913, *et un nouveau quart d'usufruit n'était plus disponible que* PAR LE BÉNÉFICE DE CET ARTICLE 1094 : *c'est bien évident*, puisque SI CET ARTICLE 1094 N'EUT PAS EXISTÉ, LA SECONDE DONATION EUT ÉTÉ IMPOSSIBLE.

Donc, si c'est à un étranger que cette seconde donation a été faite, lui donner effet serait faire bénéficier un étranger de l'article précité, et des lors la donation est nulle.

Telle est la réponse, parfaitement exacte et logique, par laquelle le système de la Cour de cassation échappera toujours à l'attaque des arrêts d'appel et des auteurs, tant que cette attaque demeurera ce qu'elle est. Qui trop embrasse mal étreint, qui demande trop n'obtient rien, qui prouve trop ne prouve rien, et tant que la doctrine de la Cour suprême, au lieu d'être attaquée sur le cas exceptionnel dans lequel elle est fausse, le sera ainsi dans son principe général, principe qui est au contraire parfaitement juste, il n'y aura certes pas lieu de s'attendre à un revirement de jurisprudence.

Mais que l'on substitue aux idées absolues et fausses que nous venons de combattre la distinction, si naturelle et si clairement écrite dans la nature des choses, que nous avons présentée dans notre commentaire de l'article 1094 et dans le passage

Digitized by Google

précité de cette *Revue;* qu'on dise que si la donation faite au conjoint en premier lieu doit s'imputer sur le disponible ordinaire en principe, elle doit, au contraire et par exception, s'imputer sur le disponible spécial au conjoint, quand son objet est tel que ce dernier disponible permettait seul de la faire telle qu'on l'a faite; qu'ainsi, par exemple, s'il est vrai que, dans le cas de trois enfants, la donation faite au conjoint d'un quart de pleine propriété absorbe le disponible ordinaire, qui est précisément ce quart de pleine propriété, il est manifeste aussi que, quand elle est, dans ce même cas, de moitié en usufruit, c'est au contraire sur le disponible spécial de l'article 1094 qu'elle porte alors, puisque, de par la loi même, c'est uniquement d'après cet article qu'elle a pu se faire valablement; qu'on entre dans cet ordre d'idées qu'il serait trop long de développer ici, et pour lequel nous renvoyons au tome IV de notre *Explication du Code* (1) et au tome précédent de cette *Revue*, p. 204-205; qu'on arrive ainsi à la distinction, que la raison commande de faire ici, et il y aura lieu d'espérer alors que la Cour suprême, qui sans doute s'est plus d'une fois trompée et se trompera plus d'une fois encore, parce que l'erreur est partout l'apanage de l'homme, mais qui est animée au plus haut degré de l'amour de la vérité, reviendra bientôt sur la fâcheuse jurisprudence que tant de tribunaux déplorent et avec raison.

6. — (LYON, 4 MARS 1852; *Devill.*, 52, 2, 481.) — Nous signalerons, dans cette même matière des donations, un dernier arrêt par lequel la Cour de Lyon décide, et fort exactement suivant nous, en la résolvant affirmativement, la question si controversée de la révocabilité des donations entre époux pour l'ingratitude du donataire.

Tout le monde connaît la profonde controverse qui a si longtemps divisé les auteurs et les arrêts sur la question de savoir si les donations entre époux se trouvent révoquées par la séparation de corps comme elles l'étaient par le divorce; et on sait aussi que les nombreuses autorités qui admettaient la non-révocation par cette cause admettaient aussi la non-révocabilité pour

1 P. 256-257 de la 5e édition, 260-261 de la 4e, 281 de la 3e, 311-312 de la 2e.

Digitized by Google

cause d'ingratitude. Aujourd'hui, la première question, celle de la révocation de plein droit par l'effet de la séparation de corps, est définitivement tranchée dans le sens de la révocation, depuis l'arrêt solennel par lequel la Cour suprême a enfin abandonné sa jurisprudence contraire de trente-cinq années ; et ce triomphe de la vraie doctrine, auquel nous sommes heureux d'avoir pu contribuer pour notre part, rend désormais beaucoup moins importante et d'une application assez rare la question de révocabilité pour ingratitude. Cependant, comme un époux peut vouloir faire prononcer la révocation sans faire cesser la vie commune, cette question peut encore se présenter, et elle vient de se présenter en effet devant la Cour de Lyon, qui la décide, comme nous l'avons toujours fait dans notre explication de l'article 959, dans le sens de la révocabilité.

Cet arrêt, largement et solidement motivé, étant d'ailleurs accompagné d'une très-long note dans laquelle l'arrêtiste reproduit ou analyse toute notre discussion de la question, de nouvelles observations de notre part feraient ici double emploi, et nous devons nous contenter dès lors de renvoyer sur ce point au recueil de M. Devilleneuve.

7. — (CAEN, 21 FÉVR. 1851; *Dall.*, 52, 2, 234.) — La matière du contrat de mariage nous offre ici de nombreuses décisions dont nous nous proposions de nous occuper ; mais pour ne pas trop excéder les limites dans lesquelles nous devons nous tenir, nous nous arrêterons à deux, dont l'une ne nous demandera que des observations assez brèves, ce qui nous permettra de donner à la seconde le développement plus grand que réclame l'extrême difficulté de la question.

Il est d'un usage fréquent en Normandie, en matière de régime dotal, de se servir de la faculté, écrite au contrat de mariage, d'aliéner les immeubles dotaux moyennant remplacement, pour éluder la disposition de l'article 1558, qui ne permet d'aliéner, pour les causes prévues à ce même article, que par vente aux enchères et avec les formalités voulues. Ainsi une femme a des dettes antérieures au mariage et grevant ses immeubles dotaux : elle pourrait, d'après l'article 1558, se faire autoriser par justice à vendre un de ces immeubles ; mais la

Digitized by Google

vente devrait se faire judiciairement. Au lieu de cela, et pour échapper à cette nécessité de formalités judiciaires, elle commence par vendre l'immeuble sans autorisation de justice et à l'amiable, puis se fait autoriser à employer le prix en acquit de ses obligations; et sur le refus de l'acheteur de payer ce prix, le tribunal rend un jugement qui condamne celui-ci au payement et lui donne ainsi (on le croit du moins) pleine sécurité.

Nous trouvons ici un arrêt de Caen, du 21 février 1851, qui sur l'appel d'un acquéreur qui se refusait à payer malgré un pareil jugement, a confirmé la condamnation au payement, en décidant que ces circonstances présentent un équivalent suffisant du remplacement exigé par le contrat de mariage, et que les prescriptions de la loi sont en pareil cas observées.

Or cette décision est-elle exacte, cette pratique des tribunaux normands est-elle légale, et la pleine sécurité que l'on prétend donnée à l'acheteur est-elle bien certaine? Nous ne le pensons pas. M. Troplong, il est vrai, tout en déclarant *plus prudent* de renoncer à cette manière de faire, pour se soumettre aux formalités exigées par l'article 1558, trouve cependant qu'il faudrait être *ultra-dotaliste* pour critiquer cette pratique (n° 3425). Mais nous ne saurions être de cet avis, que M. Troplong lui-même, comme on va le voir, finit par condamner aussi; et quoique nous soyons loin d'affectionner le régime de la dot, que nous regardons au contraire comme funeste et désastreux à tous égards, nous ne pouvons nous empêcher de dire qu'il y a là une violation manifeste de la loi, violation qui ne saurait manquer d'être réprimée par la Cour suprême le jour où la question lui serait soumise.

En effet, il ne suffit pas, pour qu'il y ait remploi, que le prix de l'immeuble dotal aliéné soit affecté à une destination utile : le remploi ou remplacement ne consiste, comme son nom même le dit, que dans l'acquisition d'un nouveau bien qui viendra remplacer l'immeuble vendu. Sans doute l'acquittement des dettes de la femme, la réparation de ses immeubles, etc., sont des causes respectables d'aliénation, et le Code l'a bien compris, puisqu'il permet alors cette aliénation; mais puisqu'il ne la permet qu'à la condition expresse de vendre avec les forma-

Digitized by Google

lités judiciaires, c'est donc violer la loi que de se contenter alors d'une vente faite de gré à gré. C'est, en effet, ce que M. Troplong lui-même finit par dire, en se rangeant ainsi, sans le remarquer, au nombre de ceux qu'il appelait d'abord ultra-dotalistes, puisqu'il proclame que ces différents cas d'acquittement des dettes, de réparation des immeubles et autres, *ne sont pas des remplacements, et par conséquent ne peuvent aboutir à la vente du bien dotal qu'avec les formalités de l'article* 1558.

Du reste, on pourrait dire que l'arrêt de la Cour de Caen se condamne lui-même par la contradiction dans laquelle il tombe de la question du fond à celle des dépens, contradiction que les termes de l'arrêt voilent quelque peu, mais qui n'en est pas moins flagrante dans les choses, et qui renverse sur le second point le prétendu principe admis sur le premier. La Cour, en effet, après avoir jugé sur la question du fond que l'acquéreur récalcitrant devait être condamné à verser son prix, parce que le mode d'emploi proposé formait un remplacement suffisant et rentrant complétement dans les dispositions de l'article 1558, proclame ensuite que toutefois cet acquéreur ne peut pas être condamné aux dépens, parce que ces dépens sont ceux d'une instance qui n'a existé que parce que la femme dotale ne se conformait pas strictement au contrat de vente par lequel elle avait promis un bon et valable remplacement! Ainsi, dans ce débat entre la femme dotale et son acheteur sur le mérite du remplacement que la première prétend suffisant, et qui est insuffisant d'après le second, la Cour commence par nous dire : « Il y avait remplacement valable, et l'acheteur a eu tort de refuser son prix; » puis bientôt, sentant que cette décision n'est pas exacte en droit, qu'elle est plutôt un acte de complaisance pour la femme qu'un acte vraiment juridique, qu'en jugeant ainsi on a, suivant un mot fameux, rendu bien plutôt un service qu'un arrêt, la Cour nous fait tout bas cet aveu : « La vérité est qu'il n'y avait pas remplacement valable, que l'acheteur était parfaitement fondé à refuser son prix, et c'est la femme dès lors qui doit être regardée comme étant la partie qui succombe, et par conséquent subir tous les dépens. »

8. — (Rej. 3 aout 1852; *Dall.*, 52, 1, 257.) — Nous avons

Digitized by Google

dit que le dernier arrêt dont il nous reste à parler juge une question fort délicate, et nous devons ajouter que, dans notre conviction, il la juge inexactement. Cette question est de savoir comment doit se régler le payement des dettes contractées pendant le mariage, quand les époux, en adoptant le régime dotal ou l'exclusion de communauté, y ont ajouté une société d'acquêts réduite aux seuls immeubles... On pourrait dire, à en juger par l'état de la doctrine, qu'il y a là non pas une question délicate, mais deux questions délicates, dont la première serait de savoir tout d'abord si une telle clause est valable. La plupart des auteurs, en effet, la déclarent positivement nulle; mais ce premier point, néanmoins, nous paraît peu difficile : cette doctrine des auteurs est, suivant nous, manifestement erronée; la clause, si bizarre qu'elle puisse être, est cependant licite, et la seule question vraiment épineuse est celle du payement des dettes.

La plupart des auteurs, disons-nous, déclarent la clause nulle. Telle est la doctrine de M. Bellot des Minières (t. III, p. 24), de M. Rolland de Villargues (v° *Commun.*, n° 637), de M. Dalloz aîné (v° *Contr. de mar.*, t. X, p. 265), de M. Zachariæ (t. III, p. 519), enfin de notre honorable collaborateur M. Pont et de M. Rodière, dans leur *Traité du contrat de mariage* (t. II, n° 24). Seuls MM. Delaporte (*Pand. franç.*, art. 1498) et Troplong (III, n°s 1856 et 1905) admettent la validité de cette clause, dont MM Toullier, Duranton, Odier, Delvincourt et autres ne parlent pas; et comme ces deux auteurs ne discutent même pas ce point de droit et le présentent comme s'il était un principe incontesté et que la doctrine contraire n'eût jamais existé, il est vrai de dire que cette question n'avait jamais été traitée lorsque, dans notre commentaire de l'article 1498, n° 3, nous l'avons discutée et résolue affirmativement.

Les motifs présentés dans le sens de la nullité de la clause sont, il faut le dire, peu concluants. M. Zachariæ, d'abord, n'en donne aucun; et procédant ici, comme il le fait trop souvent, avec ce genre laconique et purement affirmatif qui ne convient qu'au législateur, il se contente de cette phrase, qu'il ne fait précéder ni suivre d'aucune observation, et que sa rigoureuse sim-

Digitized by Google

plicité ferait prendre volontiers pour un texte de loi : « La clause » par laquelle les époux stipuleraient que la communauté sera » réduite soit aux acquêts immobiliers, soit aux acquêts mobi- » liers, doit être considérée comme non avenue. » M. Bellot des Minières, dont les autres auteurs, depuis M. Rolland de Villargnes jusqu'à M. Pont, n'ont fait que reproduire l'argument, conclut la prétendue nullité de la clause de ce fait, qu'elle créerait une position trop préjudiciable à la femme et trop commode pour le mari, qui pourrait exclure la première de toute participation aux bénéfices, en ayant soin de ne point acquérir d'immeubles. « Or, avons-nous répondu dans notre explication de l'art. 1498, ce n'est pas là une raison de droit; c'est une considération de fait que la femme ou ses conseils ont à peser pour choisir le régime qui leur conviendra, mais qui ne peut jouer aucun rôle dans la question de validité ou d'invalidité de la clause. Sans doute la position est peu avantageuse pour la femme; mais elle l'est moins encore dans le régime dotal pur ou celui d'exclusion de communauté, qui n'en sont pas moins permis. Comment la femme ne pourrait-elle pas adopter le régime où elle court la chance d'avoir ou de n'avoir pas d'acquêts, quand elle peut adopter celui où il est entendu d'avance qu'elle n'aura rien?... Encore une fois, ce n'est pas là du droit. En droit, la règle est que les époux sont entièrement maîtres d'arrêter telle convention qu'il leur plaira, pourvu qu'elle ne soit contraire ni aux bonnes mœurs ni aux prohibitions du Code.

Une objection plus sérieuse pourrait peut-être se tirer de l'article 1174. On dirait que le mari ne se plaçant ici dans l'obligation de partager les bénéfices avec la femme que sous la condition d'une acquisition de biens immeubles, et cette acquisition étant un fait entièrement dépendant de sa volonté, l'obligation se trouve ainsi contractée sous une condition potestative de la part de celui qui prend l'engagement, et que par conséquent elle est nulle aux termes de cet article 1174. Mais nous ne pensons pas que, pour un contrat de mariage, une appréciation aussi subtile et rigoureuse puisse être accueillie. Sans doute la femme est alors mise à la discrétion du mari, qui est absolument maître d'acheter ou de ne pas acheter des immeubles, et de faire par

Digitized by Google

conséquent qu'il y ait ou n'y ait pas de société réelle entre sa femme et lui. Mais comme, d'une part, la clause dont il s'agit n'apparaît pas précisément ici avec le caractère de simple constitution d'une obligation imposée au mari; comme d'ailleurs et surtout l'article 1387 accorde pour les contrats de mariage une latitude plus grande que dans toutes autres conventions et n'entend y proscrire que les clauses contraires aux bonnes mœurs ou à des prohibitions portées par le Code sur les points qui intéressent l'ordre public, force est bien de reconnaître cette clause valable, quoiqu'on pût très-bien la prétendre nulle partout ailleurs que dans des conventions matrimoniales.

Aussi, cette stipulation, si bizarre qu'elle soit, est cependant assez usitée, et sept arrêts, à notre connaissance, ont eu à statuer sur ses effets, sans qu'on ait jamais élevé le moindre doute sur sa validité [1].

9. Mais une fois admise l'existence licite de la communauté d'acquêts immobiliers, comment et d'après quel principe devra-t-on régler le payement des dettes contractées pendant le mariage par le chef de cette étrange société, dans le cas surtout (cas qui est à la fois le plus fréquent et le plus embarrassant) où il existe en même temps, dans les gains faits par le mari, des meubles et des immeubles? Ainsi, soit 100,000 fr. de valeurs immobilisées et appartenant dès lors à la communauté, 100,000 fr. aussi de valeurs non immobilisées et qui sont dès lors l'exclusive propriété du mari, puis 40,000 fr. de dettes : comment se fera la liquidation? Les 40,000 fr. de dettes se prendront-ils pour le tout sur les 100,000 fr. d'immeubles communs? doit-on, au contraire, les prendre, pour le tout aussi, sur les 100,000 fr. de meubles du mari? ou bien enfin doit-on les faire supporter simultanément à chacune des deux classes de biens, en proportion de leur importance relative, c'est-à-dire ici, chacune pour moitié?

Ce dernier système nous a toujours paru le seul admissible, et telle est aussi la doctrine de M. Troplong (t. III, n° 1908). Il nous

[1] Bruxelles, 5 nov. 1823; Caen, 21 mai 1828 et 21 janv. 1850; Rouen, 29 juin 1850, 22 juill. 1850 et 15 mars 1851 (Devill., 50, 2, 193; 51, 2, 385); puis l'arrêt de la Cour suprême qui nous occupe ici.

Digitized by Google

a toujours semblé manifeste, comme au savant magistrat, que puisque le mari, en accomplissant les gains qu'il a réalisés, a tout à la fois travaillé pour sa communauté d'acquêts et pour lui personnellement, pour sa communauté à qui il a fait gagner 100,000 fr. et pour lui personnellement qui s'est réservé 100,000 fr. en propre, la raison dit que les dettes qu'il a contractées, dans sa gestion tout à la fois commune et propre, sont tout à la fois des dettes propres et communes, communes pour une moitié, à lui propres pour l'autre moitié, puisque c'est ici pour une moitié que le mari a fait l'affaire de la communauté, en faisant pour l'autre moitié son affaire exclusive et personnelle. Il nous a paru que, les dettes contractées par la gestion maritale étant tout naturellement une charge des bénéfices de cette gestion, il faut, du moment que ses bénéfices se divisent en deux parts égales, l'une pour la communauté, l'autre pour le mari, diviser de même en deux parts égales, l'une pour le mari, l'autre pour la communauté, le passif qui est né en même temps et de la même cause que cet actif.

Ceci nous a toujours paru et nous paraît encore évident, d'une complète évidence; et nous avouerons franchement que notre intelligence se refuse, comme paraît s'y refuser aussi celle de M. Troplong à en juger par les termes qu'il emploie, à comprendre un autre système quel qu'il soit. Comment! voilà un mari qui travaille en même temps pour lui et pour la communauté, pour lui autant que pour sa communauté, pour sa communauté autant que pour lui; et les dettes qui naissent de ce travail ne suivraient pas la même voie que les biens qui en proviennent! le payement de ces dettes ne serait pas, ici comme partout, une défalcation à faire sur les biens obtenus, d'après ces grandes règles de droit et de raison : *Non sunt bona nisi deducto œre alieno; Universi patrimonii œs alienum onus est!* et au lieu de faire peser la totalité des dettes sur la totalité des biens sortis de la même source qu'elles, en mettant la moitié ou le quart de ces dettes là où se trouve la moitié ou le quart de ces biens, on irait demander la totalité du passif à la moitié, au quart, au dixième d'actif qui se trouve soit dans la caisse commune, soit dans la bourse du mari, pour exonérer la moitié, les

Digitized by Google

trois quarts ou les neuf dixièmes qui se trouvent de l'autre côté!... Encore une fois, nous n'y comprenons rien, et tout nous paraît, même *à priori*, erreur certaine et forcée dans tout système qui n'est pas celui que nous venons d'indiquer, et que déjà nous avions adopté dans notre commentaire de l'article 1498.

Et pourtant, il s'en faut de beaucoup que cette doctrine soit admise par tout le monde. Plusieurs autres systèmes ont été soutenus; et l'un d'eux (le seul qui repose sur une base spécieuse), après avoir été consacré quatre fois par les Cours de Caen et de Rouen en 1850 et 1851, vient de l'être par la chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt que nous examinons ici!

Ce système des arrêts, qui consiste à faire payer les dettes en totalité par les immeubles communs, s'appuie sur les idées suivantes, habilement et largement développées dans les conclusions présentées devant la Cour suprême par M. l'avocat général Rouland.

« Le système de la proportionnalité, dit-on en substance, repose sur une grave méprise. Il suppose que la communauté d'acquêts immobiliers n'existe qu'autant et en tant que des immeubles sont acquis, tandis qu'elle existe, toujours et forcément, dès la célébration du mariage, par l'effet immédiat et direct de la convention, et indépendamment de toute acquisition d'immeubles. Cette acquisition n'est que le but où tend la société formée entre les deux époux, le résultat auquel elle veut arriver; mais avant toute réalisation de ce but, la société vit et fonctionne dès que le mariage existe. Les époux, en effet, n'ont pas dit seulement : « les immeubles acquis seront communs; » ils ont dit : « il y aura collaboration commune, avec ses chances de perte et de gain. » C'est donc dans le fait même de cette collaboration commune que la communauté existe; cette collaboration est l'apport moral des associés, c'est elle, c'est la mise en commun de l'industrie comme de l'épargne, qui, à défaut d'apport matériel et de mise de fonds pécuniaire, constitue dès le début l'actif social; dès le début, la communauté vit avant toute acquisition d'immeubles, et elle n'aurait pas moins vécu, lors

Digitized by Google

même que sa dissolution arriverait sans qu'aucun immeuble eût été acquis : ce serait alors une communauté mauvaise, une communauté qui n'aurait pas prospéré ; mais ce n'en serait pas moins une communauté, qui pourrait très-bien avoir son passif, quoiqu'elle ne laissât pas d'actif.

» Or, puisque, dès le début et pendant toute la durée de l'union conjugale, les époux sont ainsi communs, quoique dans une limite fort étroite ; puisque dès le début du mariage la communauté restreinte existe avec le mari pour chef et administrateur, l'administration maritale n'est donc qu'une gestion de la communauté, et les dettes que celui-ci contracte sont toutes des dettes de la communauté, puisqu'elles naissent du mouvement et des opérations de cette communauté, dirigée par le mari son chef.

» En vain on dira que le mari, en travaillant pour la communauté, travaille aussi pour lui personnellement, puisque c'est à lui seul que doivent rester toutes celles des valeurs par lui réalisées qu'il ne transformera pas en immeubles. Il n'y a nulle conclusion à tirer de là ; car la collaboration est une et indivisible, on ne peut pas la scinder et la répartir en catégories d'actes ou de temps ; ou bien elle est dans l'administration du ménage ou bien elle n'y est pas, c'est tout un ou tout autre ; or, si elle y est, et nous venons de le prouver, s'il y a ainsi, de par le contrat, collaboration de toute la vie, comment voulez-vous que les dettes qui dérivent de l'administration du ménage puissent, même pour une partie quelconque, n'être pas des dettes de communauté ?

» Donc, dit M. Rouland, en résumant en fait et en droit les longues et très-remarquables conclusions que nous venons d'analyser brièvement, et qui se trouvent au Recueil de MM. Dalloz (p. 259-262), *le fait* ici, c'est que les époux ont considéré le ménage comme une association d'intérêts dans le but d'arriver à des acquisitions immobilières. *Le droit*, c'est qu'une pareille association met l'existence commune et tous les actes de son administration aux périls et risques de la communauté, indépendamment du but lucratif à réaliser. »

Telle est, en raccourci et dans ses parties importantes, la

Digitized by Google

doctrine qu'on nous oppose, et que la Cour suprême, après hésitation toutefois et à la suite d'un délibéré en chambre du conseil, a fini par consacrer. Or ces idées sont-elles bien justes? leur point de départ est-il exact? Nous sommes loin de le penser; et le réquisitoire que nous venons de résumer, quoiqu'il porte l'empreinte bien visible du beau talent de son auteur, n'est à nos yeux que l'ingénieux et brillant développement d'un sophisme.

On prétend que les époux, par la clause qui nous occupe, établissent une communauté qui, si restreinte qu'elle soit, n'en a pas moins une existence *absolue et forcée*, imprimant à l'administration du mari le caractère *exclusif* de gestion sociale. Or n'y a-t-il pas dans ce point de départ deux erreurs pour une?

D'abord, dire que les époux seront communs *pour les acquêts immobiliers*, alors qu'on laisse au mari *le pouvoir de faire ou de ne pas faire de tels acquêts*, c'est dire qu'il y aura une communauté *s'il plaît au mari qu'il y en ait une*. C'est faire dès lors, non pas une stipulation absolue, mais une stipulation conditionnelle de communauté : c'est écrire, non pas un établissement de communauté, mais seulement une expectative ou éventualité de communauté... Sans doute si la communauté, quelque restreinte qu'elle pût être, était établie de manière à être indépendante de la fantaisie du mari, cette communauté serait alors absolue et forcée, elle aurait une existence immédiate. Ainsi, par exemple, s'il plaisait à deux époux de convenir qu'il y aura communauté entre eux *pour le quart des acquêts*, les trois autres quarts restant propres au mari, il est clair que cette communauté existerait immédiatement, forcément, et quoi qu'il pût arriver. Mais quand la communauté n'est établie que conditionnellement et sous le bon plaisir du mari, parce qu'elle ne l'est que pour une classe de biens à laquelle ce mari peut à son gré ouvrir ou fermer la porte, on ne comprend plus comment on parle de l'existence absolue et immédiate de cette communauté, et il est bien évident, au contraire, que cette communauté pourra, selon les cas, exister pour tous les acquêts faits par le mari, ou n'exister que pour une partie, ou n'avoir enfin aucune existence. De trois maris, l'un pourra placer en immeubles la

Digitized by Google

totalité des gains résultant de sa gestion, et faire ainsi une société qui, malgré la différence de nom, sera dans le fait une société d'acquêts complète, ordinaire, et telle que la prévoit le Code; le second pourra n'immobiliser que la moitié, le tiers ou le quart des gains, et faire dès lors une société qui sera beaucoup plus restreinte que la première, mais qui sera toujours une communauté; le troisième, enfin, pourra tenir à ne rien immobiliser, travailler partout et toujours à ce point de vue, et empêcher ainsi toute réalisation de cette éventualité de communauté qu'il n'a souscrite que dans la résolution de ne la laisser jamais s'accomplir... Soit un mari qui, tant au moyen des revenus considérables des biens dotaux de sa femme, que par le résultat heureux d'un commerce important, s'est acquis une fortune d'un million, mais qui a eu grand soin de conserver toute cette fortune en capitaux, pour que sa femme n'y pût rien prétendre : comment, en vérité, M. Rouland peut-il venir dire que ces époux sont communs, qu'une communauté réelle, quoique restreinte, a commencé pour eux au moment du mariage, pour ne jamais cesser depuis lors; que tous les travaux du mari, toute son administration pendant les quinze ou vingt années de l'union conjugale, n'ont été rien autre chose que la gestion de cette communauté; d'où la conséquence que, les dettes par lui contractées l'ayant été pour les opérations de cette communauté, elles sont dès lors des dettes de la communauté, en sorte que la femme devra, si elle n'a pas soin de renoncer, payer la moitié des 60,000 fr. de passif que nous supposerons exister? N'est-il pas de la dernière évidence, au contraire, que ce mari n'a jamais travaillé que pour lui, exclusivement et entièrement pour lui; que laissé libre, d'après son contrat de mariage, d'avoir ou de n'avoir pas de communauté, il a voulu n'en pas avoir et n'en a pas eu; que son administration a été purement et constamment personnelle, et que par conséquent, de même que le million d'actif qu'il a gagné est son actif à lui, sans que la femme en puisse rien prendre, de même les 60,000 fr. de dettes qu'il a contractées sont ses dettes personnelles, dont aucune portion ne peut être demandée à la femme?

Nous disons qu'ici aucune communauté n'existe et n'a jamais

Digitized by Google

existé ; et n'est-ce par manifeste, malgré les efforts faits pour établir le contraire ? D'une part, en effet, la communauté n'a été stipulée que pour les acquêts immeubles, de sorte que pas d'acquêts immeubles pas de communauté. D'autre part, cette seule circonstance qu'il n'y a jamais eu entre les époux aucun bien commun, fait évidemment que ces époux n'ont jamais pu avoir la qualité de communistes, le caractère d'époux communs. Qui pourrait, en effet, concevoir des communistes sans chose commune ? Vainement on nous dit qu'il existe une communauté et que seulement cette communauté est et a toujours été pauvre *et sans actif*. C'est une erreur ; car, dans le sens rigoureux qui se présente ici, il n'y a pas de communauté sans actif. Supposez deux MENDIANTS qui se marient : ces mendiants auront un actif dans leur communauté, ils auront des biens dont ils seront copropriétaires : le grabat sur lequel ils couchent, les haillons qui les couvrent, les quelques sous d'aumône qu'on leur met dans la main, leur appartiennent en commun ; et à côté des 50 francs qu'ils peuvent devoir, les 50 sous ou moins encore que vaut leur avoir est l'actif de leur société. Encore une fois, là où il n'y a rigoureusement rien de commun, il n'y a pas de communauté. — Donc notre stipulation, tant que le mari n'achète pas d'immeubles, ne donne pas une communauté, mais une simple eventualité de communauté.

Ces réflexions suffisent déjà pour réfuter le système adverse. Car ce système, on l'a vu, repose sur cette seule idée que la stipulation d'une communauté d'acquêts immobiliers engendre immédiatement, accessoirement et indépendamment de toute acquisition d'immeubles, la qualité d'époux communs et donne de même à l'administration maritale le caractère de gestion de communauté. Or nous voyons, au contraire, que cette stipulation produit seulement l'éventualité d'une communauté qui peut, selon les cas et à la volonté du mari, devenir une complète société d'acquêts, ou former une société plus étroite, ou enfin n'avoir jamais aucune espèce d'existence.

Mais alors même que la communauté restreinte qui nous occupe aurait incontestablement existé dès le début du mariage (ce qui n'a lieu, suivant nous, que quand le mari a, dès le début,

Digitized by Google

administré en vue de l'acquisition ultérieure d'immeubles), n'est il pas bien évident encore que, hormis le cas où l'époux aurait constamment géré en vue de l'immobilisation de la totalité des gains, son administration présentera nécessairement un double caractère et sera tout à la fois une gestion commune en tant qu'il aura fait les affaires de la communauté, et une gestion propre en tant qu'il aura fait ses affaires personnelles ? Ainsi, quand on écarte et la première et la dernière des trois hypothèses qui viennent d'être prévues, pour s'arrêter à la seconde, celle d'un mari qui a travaillé tout à la fois et à donner des immeubles à la communauté et à se donner des valeurs mobilières à lui-même, alors encore la doctrine professée par M. Troplong comme par nous n'est-elle pas d'une exactitude matérielle et palpable, et la théorie de M. Rouland, si habilement qu'elle soit présentée, ne vient elle pas se heurter contre tout ce qu'il y a de plus fort au monde, les faits? Comment! cet époux, en acquérant et économisant 100,000 fr. pour la communauté, en a acquis et économisé 100,000 aussi pour sa caisse particulière ; il a ainsi travaillé pour sa fortune propre autant et en même temps que pour la fortune sociale, et votre système prend pour base ce prétendu fait que son administration présente le caractère *exclusif* de gestion de la communauté ! En vérité, un système qui ne peut pas se soutenir sans un pareil point de départ ne se condamne-t-il pas assez lui-même ? Sans doute il y a eu gestion de la communauté, mais il y a eu en même temps gestion des affaires personnelles ; l'administation du mari revêt alors simultanément ces deux caractères, dont aucun ne peut lui être enlevé par quelque raisonnement que ce soit, parce que les raisonnements ne sauraient jamais détruire un fait ; et c'est par conséquent d'après ce double caractère, dont vous effacez l'un arbitrairement, que cette administration doit être appréciée quant à ses conséquences légales.

En vain on essaye de justifier cet étrange et inadmissible procédé de la suppression du fait qu'on trouve gênant, en invoquant l'indivisibilité de la gestion. Sans doute on ne peut pas scinder cette gestion en deux catégories d'actes, dont tel et tel seraient attribués à l'administration commune et tels autres à l'administra-

Digitized by Google

tion personnelle; mais, outre qu'il n'y aurait pas de raison pour faire plutôt absorber la gestion personnelle par la gestion commune que celle-ci par celle-là, qui ne voit d'ailleurs que le système de la proportionnalité ne demande nullement la répartition impossible dont on parle, puisqu'au lieu de se jeter dans cette appréciation individuelle des actes, il les prend tous en masse et dans leur ensemble aussi bien que le système contraire? La seule différence, c'est qu'il se décide par le résultat définitif, au lieu de prétendre apprécier par avance une gestion qui n'est pas encore connue.

Et n'est-ce pas, en effet, ce résultat seul qui peut donner ici une règle toujours juridique et toujours juste aussi (parce que son effet sera différent pour chaque espèce différente) au lieu de la règle invariable et par là même inique que le système contraire veut formuler *a priori?*... La stipulation dont il s'agit laisse au mari, comme on l'a vu, le pouvoir ou de faire une communauté complétement semblable à la pleine société d'acquêts, ou d'en faire une beaucoup plus restreinte et restreinte jusqu'à tel degré qu'il lui plaira, ou enfin de n'en faire aucune. Or c'est seulement par le résultat définitif qu'on verra ce qu'a fait le mari; s'il a travaillé pour la communauté seule, ou pour lui seul, ou pour tous deux, et si dès lors les dettes par lui contractées sont dettes de communauté pour le tout, ou dettes personnelles pour le tout, ou communes pour une quote-part et personnelles pour l'autre. Ce procédé n'est il pas aussi simple et logique que se trouve faux et inacceptable celui qui, par une règle posée d'avance en aveugle et dans l'ignorance des faits, impose à une communauté purement *éventuelle* un passif toujours le même, soit que cette communauté recueille tout l'actif, soit qu'elle en ait les trois quarts, le tiers, un dixième ou moins encore, soit enfin qu'elle n'en ait rien et n'arrive pas même à exister?

La doctrine consacrée par l'arrêt du 3 août 1852 est donc à nos yeux complétement inexacte, et nous espérons que cet arrêt ne sera pas le dernier mot de la Cour suprême sur la question.

V. MARCADÉ.

Digitized by Google

DE L'ABOLITION DE LA MORT CIVILE.

Rapport fait à l'Assemblée nationale législative

Par M. DEMANTE,
Ancien représentant du peuple, professeur à la Faculté de droit de Paris.

MESSIEURS,

La jouissance des droits dont la société assure l'exercice a nécessairement pour condition l'accomplissement des devoirs qu'elle impose. Il est donc raisonnable, il est juste, de punir par un retranchement de droits le coupable qui, par ses criminels excès, s'est mis en guerre avec ses semblables, en troublant la paix publique ou en violant les droits des autres.

Cette idée rentre dans le système général de notre droit pénal, qui, en matière *criminelle*, admet comme peine principale ou accessoire la dégradation civique, et qui, en matière même simplement *correctionnelle*, admet, pour les cas que la loi détermine, l'interdiction à temps de certains droits civiques, civils et de famille. Mais le législateur a été plus loin : il a voulu, quand il s'agit d'un de ces grands crimes qui sont punis de peines afflictives perpétuelles, que le condamné subît un retranchement complet de la cité, et, partant, une privation absolue de tout droit. C'est là, du moins, l'idée qui s'attache au mot énergique de *mort civile*, emprunté par le Code civil à notre ancien droit.

Cette idée, appliquée à un individu vivant de la vie naturelle, au sein de cette société, soit sous le coup de la peine qu'il subit, soit même à l'abri de cette peine, dont, par hypothèse, il se trouve affranchi, soit par grâce ou commutation, soit par prescription, cette idée, disons-nous, n'est et ne peut être qu'une pure fiction, renfermée nécessairement dans les limites prescrites par la raison et l'humanité. Mais quelles sont précisément ces limites? et quels sont les droits qui doivent être considérés comme tellement essentiels à la vie naturelle de l'être humain,

Digitized by Google

qu'on doive en laisser la jouissance à celui que la loi civile considère comme mort?

C'est là un problème difficile à résoudre; et, quoique la difficulté diminue par le soin qu'a pris le législateur d'énumérer les effets principaux de la mort civile, il n'en est pas moins vrai que cette difficulté subsiste et se révèle dans la divergence même des théories proposées par la doctrine. Personne, en effet, ne peut admettre que l'énumération contenue dans l'article 25 du Code civil, en y ajoutant même les quelques effets proclamés par d'autres articles spéciaux (*V.* C. civ., art. 718, 744, 1441, 1462, 1518, 1865, 2003) : personne, dis-je, ne pourrait comprendre, personne en effet ne soutient que cette énumération soit strictement et absolument limitative. L'article 22, il est vrai, n'indique, comme effet des condamnations, que la privation de toute participation *aux droits civils exprimés*. Mais cette restriction apparente, le texte lui-même la détruit immédiatement, en déclarant que les condamnations qui ont cet effet emporteront *mort civile*.

Ainsi donc, rétablir, consacrer le mot *mort civile*, tel est l'objet principal de la disposition, et la consécration du mot emporte nécessairement l'intention d'en consacrer les conséquences inséparables. En présence de cette disposition, les jurisconsultes ont cherché une formule générale pour la définition de la mort civile.

Suivant les uns, c'est la privation non-seulement de tous les *droits civils* proprement dits, mais de tous les droits qui ne sont pas strictement nécessaires au soutien de la vie naturelle. D'autres, avec plus de raison peut-être, y voient bien la privation absolue de tous les droits purement civils, mais ils n'étendent cette privation aux droits naturels qu'en vertu et par application d'un texte précis. Quoi qu'il en soit, il reste toujours la difficulté de distinguer, parmi les droits non compris dans l'énumération de la loi, ceux qui doivent être considérés comme purement civils et ceux, au contraire, qui peuvent passer pour naturels.

Mais cette difficulté pratique, qui après tout n'est pas insurmontable, n'est pas la seule, et, hâtons-nous de le dire, n'est pas la principale objection qui s'élève contre la mort civile.

Digitized by Google

Parmi les effets qu'elle produit, il en est deux surtout qui ont soulevé de justes et incessantes réclamations.

C'est d'abord l'ouverture immédiate de la succession, et l'incapacité de transmettre les biens acquis depuis la mort civile; c'est surtout la disposition qui, au mépris de la loi morale et religieuse, n'enlève pas seulement au condamné la capacité de contracter mariage, mais qui dissout de plein droit le mariage antérieurement contracté.

Examinons successivement ces divers points, en commençant par l'ouverture de la succession.

Dans notre ancien droit, où un grand nombre de coutumes admettaient la confiscation comme conséquence des peines capitales, la perte des biens pouvait être considérée comme une sorte de réparation envers la société troublée par le crime. Et l'on comprend, en effet, que l'on privât ainsi de toute sa fortune celui que l'on privait du premier de tous les biens, la vie ou la liberté. C'est en ce sens qu'on disait : *Qui confisque le corps, confisque les biens.* Mais enlever les biens pour les transmettre à la famille par une ouverture anticipée de la succession, et faire ainsi profiter les parents du crime commis par leur auteur, c'est bien, en effet, ce qui avait lieu dans les coutumes où la confiscation n'était point indistinctement admise comme suite des peines capitales. C'est là aussi ce qu'a fait le Code civil.

Mais cette idée, selon nous, n'est ni morale, ni, à un autre point de vue, suffisamment efficace pour atteindre le but que l'on doit chercher.

Et d'abord, est-il moral d'associer en quelque sorte les plus proches parents du condamné à l'action de la vindicte publique, en leur permettant de s'emparer des biens de leur parent coupable, pour les posséder de son vivant? Et cette possession n'est-elle pas de leur part une atteinte cruelle à ces sentiments de mutuelle affection inspirés et commandés par le lien de famille, que la fiction de la loi peut bien déclarer rompu, mais qui, pour les cœurs honnêtes, prévaut nécessairement sur toutes les fictions légales?

Cette considération soulève contre le système de la loi une critique d'un autre ordre; car, si les sentiments honorables que

Digitized by Google

l'on vient d'indiquer conservent quelque empire, il est à craindre qu'ils ne fassent défaillir le but de pénalité que le législateur doit se proposer. En effet, il faut bien le dire, à l'honneur de l'humanité, s'il peut arriver quelquefois que des parents avides s'empressent d'appliquer à leur profit personnel les biens dont le malheur de leur parent les a investis, combien plus souvent n'arrivera-t-il pas que, se considérant plutôt comme dépositaires que comme propriétaires de la fortune qui leur est transmise, ils l'emploieront, autant qu'il sera en eux, au profit de celui qui, à leurs yeux, est encore le légitime propriétaire, et tendront ainsi à le soustraire, dans une certaine mesure, aux rigueurs de la pénalité qui le frappe. Rien pourtant n'est plus contraire à l'esprit de la loi; car il ne peut être dans la pensée du législateur de favoriser plus le condamné à une peine perpétuelle que le condamné moins coupable frappé seulement d'une peine temporaire.

Or, à l'égard de ce dernier, la loi prend toutes les mesures nécessaires pour empêcher que sa fortune qui ne lui est point enlevée puisse servir à l'adoucissement du châtiment par lui justement encouru. C'est dans ce but qu'elle le frappe d'interdiction légale (C. pén., art. 29), et qu'elle défend absolument que pendant la durée de sa peine il lui soit remis aucune somme, aucune provision, aucune portion de ses revenus (C. pén., art. 31). Ce but, on le voit bien, n'est pas atteint par l'ouverture de la succession, suite de la mort civile; car il suffit alors pour le faire défaillir que les héritiers aient conservé quelques sentiments d'honneur et de délicatesse.

Venons à l'incapacité de transmettre les biens acquis depuis la mort civile encourue, ce qui amène pour conséquence la dévolution à l'État par droit de *déshérence*. N'est-ce pas là, en définitive, une confiscation déguisée? Car la fiction du droit qui considère comme rompus tous les liens de famille n'empêche pas en réalité ces liens de subsister, et aucune subtilité ne parviendra à déguiser l'odieux d'une mesure qui refuse aux enfants les biens gagnés par leur père.

Au reste, ce n'est pas là le seul préjudice pécuniaire que la fiction de la mort civile puisse causer aux enfants du condamné.

Digitized by Google

Car l'incapacité de succéder dont il est frappé tend indirectement à priver ceux-ci des successions qu'il leur aurait transmises plus tard, s'il avait été admis à les recueillir. Cet inconvénient se fait sentir toutes les fois qu'il n'y a pas lieu à représentation et que les enfants ne sont pas de leur propre chef parents au degré successible. Or il est vrai de dire alors que les enfants se trouvent punis pour la faute de leur père.

Telles sont les conséquences de la mort civile quant aux biens; mais les effets de cette triste fiction sont encore bien plus révoltants quand on les applique au mariage, à cette sainte institution fondée par Dieu lui-même à l'origine du monde, que le législateur humain peut bien réglementer, mais dont il ne peut, sans scandale, altérer le principe et les conditions essentielles.

Interdire le mariage par des raisons purement politiques, c'est déjà une grande hardiesse; et pourtant on comprend que le droit de la société puisse aller jusque-là, pourvu qu'elle en use avec une grande réserve. Mais, à ce point de vue même, il est permis de se demander s'il est bien moral de priver de tout effet civil et de rendre ainsi dissoluble à volonté l'union que le condamné contracterait sous la foi de la religion. A cet égard, l'ancien droit, qui admettait aussi la fiction de la mort civile, s'arrêtait pourtant dans cette voie devant la sainteté de l'union conjugale. Le mariage, privé d'ailleurs d'effets civils, était cependant reconnu valable quant au lien, ce qui mettait obstacle à une nouvelle union et préservait la naissance des enfants du vice de bâtardise [1].

Mais aujourd'hui, où, dans le for extérieur, le lien même du mariage est du ressort du droit civil, il est certain qu'un mariage privé d'effets civils est considéré devant la loi comme n'existant pas; d'où il suit que le mariage contracté par le mort civilement serait complétement assimilé à un simple concubinage.

C'est là, selon nous, un effet déplorable. Mais voici qui soulève encore bien plus le sentiment moral et religieux; voici qui blesse outrageusement la notion de simple justice et attente à ce

[1] Pothier, *Contrat de mariage*, n°s 433-436.

Digitized by Google

qu'il y a de plus respectable, la liberté de conscience : c'est la dissolution du mariage antérieurement contracté. Ici il ne s'agit plus d'une union condamnée à l'avance par la loi, que les parties n'ont pas dû ignorer, et dont elles ont, en quelque sorte, accepté les rigoureuses prescriptions; c'est l'atteinte portée à un droit acquis, car voilà que du vivant des deux époux le mariage qu'ils avaient légitimement contracté, et dont l'indissolubilité était pour leur conscience de chrétiens un article de foi, est dissous, non pas même à la demande de l'un d'eux, ce qui se serait expliqué jusqu'à l'abolition du divorce, mais de plein droit et malgré eux. Ainsi la loi frappe pour l'avenir de réprobation la vie commune que leur conscience leur commande de maintenir; la loi punit, à vrai dire, l'accomplissement d'un devoir. Vainement dirait-on qu'en déclarant le mariage dissous, quant à ses effets civils, la loi ne prohibe pas le maintien de la vie commune en tant qu'elle serait conciliable avec la nature de la peine dont la mort civile est la suite, et qu'en cas de grâce ou de prescription de la peine, la cohabitation reste libre et permise, en cessant seulement d'être obligatoire. Il est vrai que la loi ne contient pas de prohibition absolue, et qu'il n'en est point ici comme au cas de certaines nullités de mariage que les tribunaux prononcent, sur la réquisition du ministère public, avec condamnation à se séparer (C. civ., art. 190).

Mais il n'en reste pas moins vrai que, dans ses conséquences, la cohabitation, si elle est maintenue, ne diffère en rien d'un simple concubinage; que les enfants qui en proviendraient seraient illégitimes, que le titre d'héritiers leur serait refusé, non-seulement par rapport à celui de leurs parents dont la succession a été ouverte par la mort civile avant leur naissance, mais à l'égard aussi de l'autre parent, qui est pourtant innocent et capable de transmettre. Réduits aux droits d'enfants naturels, ils seraient, comme tels, incapables de rien recevoir au delà de la portion de succession irrégulière attribuée à ce titre, et privés de tout droit de famille par rapport aux parents de leurs père et mère. Ainsi, les fruits d'un commerce innocent sont traités comme le seraient les fruits d'un commerce coupable. Or n'est-ce pas là punir, dans la personne de ses enfants, l'époux qu'un

Digitized by Google

pieux dévouement attache au sort de son malheureux conjoint? et cette rigueur ne tend-elle pas à le détourner de l'accomplissement de ce devoir d'honneur et de délicatesse? S'il en est ainsi, n'est-on pas forcé à reconnaître que la loi, déterminée par une vaine fiction, contrevient ici à ce grand principe de morale, qui permet bien au législateur humain de tolérer quelquefois dans le for extérieur l'infraction d'un devoir de conscience, mais jamais d'encourager à le violer, encore moins d'en punir l'accomplissement?

Tels sont, messieurs, les graves reproches justement adressés au système de dissolution du mariage par la mort civile, à l'époque même où la législation admettait le divorce. Mais à combien plus forte raison ce système doit-il être proscrit depuis que le législateur, dans le but de rendre au lien du mariage toute sa sainteté, en a consacré l'indissolubilité pendant la vie des deux époux en prononçant l'abolition du divorce! N'y a-t-il pas, en effet, contradiction flagrante à opérer violemment, et malgré les deux époux, une dissolution que dans tout autre cas on refuserait et à leur consentement mutuel et à la plainte de l'un d'eux?

Cette contradiction a paru à quelques bons esprits tellement illogique, qu'ils ont voulu voir dans la loi abolitive du divorce une abrogation virtuelle de la dissolution par la mort civile [1]. Mais la doctrine et la jurisprudence n'ont pas osé les suivre dans cette voie. En effet, il faut bien reconnaître que le Code civil ayant consacré, comme causes distinctes de dissolution du mariage, la mort civile et le divorce (*V.* art. 227), l'abolition de celle-ci n'a pas pu entraîner de plein droit l'abolition de celle-là. Qu'il y ait eu, à cet égard, inconséquence et omission regrettable dans l'œuvre du législateur de 1816, c'est bien notre pensée; mais c'est à nous, législateurs, qu'il appartient aujourd'hui de réparer cette omission et de compléter l'œuvre qui doit rendre au mariage toute sa dignité.

Jusqu'ici, messieurs, nous avons envisagé les effets de la mort civile en la supposant définitivement encourue, et nous

[1] *V.* M. Fœlix, *Revue de droit français et étranger*, t. II, p. 487-489.

Digitized by Google

avons fait ressortir la difficulté de concilier aux yeux de la morale et de la droite raison ces conséquences d'une mort fictive avec le fait de la vie naturelle réellement conservée.

Mais combien plus déplorables encore ces conséquences nous paraîtront-elles, si elles peuvent se produire avec des effets définitifs, alors même que la mort civile ne serait pas définitivement encourue! Or telle est, en effet, la théorie du Code civil pour le cas de condamnation par contumace. Après cinq ans, la mort civile est encourue (C. civ., art. 27), et pourtant pendant vingt ans la contumace peut être purgée, et la vie civile recouvrée pour l'avenir. Mais les effets produits subsistent pour le passé. Ainsi, la succession ouverte reste acquise aux héritiers, les droits que l'incapacité du mort civilement a empêchés de s'ouvrir à son profit demeurent dévolus à ceux qui ont recueilli à son défaut. Le mariage qu'il aurait contracté après les cinq ans n'est point valable. Quant à la dissolution du mariage antérieur, il y a bien quelque doute, parce que l'article 227 exige, pour cette dissolution, une condamnation *devenue définitive*, et que la condamnation par contumace ne devient pas telle avant vingt ans (*V.* C. civ., art. 30; C. instr. crim., art. 476, 635, 641). Ce tempérament favorable, admis par quelques jurisconsultes auxquels s'associe le sentiment personnel de votre rapporteur, est même consacré par un arrêt [1]. Mais pourtant, il faut bien le dire, il est repoussé par la doctrine la plus générale, qui ne veut voir dans l'article 227 du Code civil qu'une rédaction inexacte, et trouve la question tranchée dans le sens de la dissolution après cinq ans, par les dispositions combinées des articles 25, 27 et 30.

Quoi qu'il en soit, et en faisant toute réserve pour ce qui concerne la dissolution du mariage, il reste toujours vrai que la mort civile provisoirement encourue par suite d'une condamnation par contumace produit définitivement des effets monstrueux, et l'on frémit en pensant que ces effets peuvent être appliqués à un homme parfaitement innocent, et dont, en tout cas, l'innocence légale se trouve proclamée par le second jugement auquel il s'est tardivement soumis. C'est là, du reste, une innovation

[1] Cour d'appel d'Angers, 21 août 1840.

Digitized by Google

du Code civil. Car l'ancien droit, plus rigoureux sous certains rapports, en ce qu'il faisait commencer immédiatement la mort civile à la suite de la condamnation par contumace, demeurait juste au moins, en l'effaçant complétement par l'effet de la comparution postérieure.

Ce simple coup d'œil sur les effets de la mort civile, telle qu'elle est aujourd'hui réglée et organisée, suffit pour justifier la nécessité d'une réforme. Mais cette réforme doit-elle être radicale? Faut-il, comme on le propose, supprimer purement et simplement la mort civile, ou ne conviendrait-il pas plutôt, tout en conservant le mot, avec la puissance d'intimidation qui s'y attache, de la modifier et d'en abolir certains effets? Cette question, messieurs, a été sérieusement examinée par votre commission; mais tous ses membres se trouvant d'accord pour réprouver, au nom de la morale et de l'humanité, l'ouverture de la succession du condamné et la dissolution de son mariage, ils n'ont pas tardé à reconnaître que le nom même de *mort civile* ne pourrait plus logiquement s'appliquer à l'état pénal, quelque rigoureux qu'il fût d'ailleurs, que l'on voudrait maintenir comme conséquence des peines afflictives perpétuelles.

Le mot ainsi écarté avec les principaux effets qui s'y rattachent, on s'est demandé si l'on ne devait pas organiser, sous une dénomination nouvelle, un état spécial pour les condamnés à des peines afflictives perpétuelles. Mais cette organisation a paru à votre commission pleine de difficultés. Il faudrait d'abord s'entendre sur les effets qu'on voudrait attacher à ce nouvel état, sans précédent législatif, sans dénomination dans la science. Et si, à grande peine, on parvenait à le définir et à le dénommer, n'y aurait-il pas encore grand danger à introduire ainsi dans l'édifice si régulier de nos lois comme une pièce de rapport qui en romprait l'harmonie bien autrement qu'une simple suppression?

Mais, d'un autre côté, la suppression demandée ne laissera-t-elle pas dans la législation une lacune regrettable, et le système de pénalité ne sera-t-il pas énervé au grand préjudice de l'ordre social? Il en serait ainsi sans doute si, à défaut de la mort civile, nous ne trouvions pas dans nos Codes, pour les condam-

Digitized by Google

nations qui ne la produisent pas, un état pénal tout organisé, et offrant à la société les garanties nécessaires. Voyons donc et examinons si ces garanties n'existent pas dans les dispositions du Code pénal qui frappent de dégradation civique les condamnés à des peines infamantes, et soumettent à l'interdiction légale les condamnés à des peines afflictives.

Par l'effet de la dégradation civique, le condamné n'est pas seulement privé de tous les droits politiques, et conséquemment exclu de toute fonction publique; mais, dans l'ordre purement civil, dans la famille même, tout ministère de confiance, toute prérogative honorifique lui sont également refusés. Ainsi, l'infamie légale n'est pas un vain mot; et les bons citoyens sont à l'abri des souillures que leur imprimerait, dans l'exercice légitime de leurs droits, le contact impur de membres gangrenés. Quant aux droits purement pécuniaires, la loi, qui ne confisque pas, les laisse entiers; mais parce que leur exercice pourrait procurer aux condamnés les moyens d'adoucir et de rendre par là moins efficace l'action de la peine afflictive, il y est pourvu par l'interdiction légale, qui, tout en assurant à la famille la conservation du patrimoine, ne permet pas d'en appliquer la jouissance au coupable demeuré propriétaire.

C'est ce régime, consacré aujourd'hui pour les peines temporaires, que votre commission vous propose d'adopter purement et simplement pour les peines perpétuelles.

Ce système, qui a le mérite incontestable de la simplicité, et qui, déjà organisé, n'apporte dans l'édifice de nos lois aucune perturbation, se justifie d'ailleurs comme suffisamment sévère, et comme plus efficace que la mort civile elle-même pour assurer à la peine toute son action.

Il est, disons-nous, suffisamment sévère, car il comprend toutes les rigueurs conciliables avec la morale et avec le caractère de pure personnalité que la justice et l'humanité attribuent essentiellement aux peines.

La mort civile, en brisant le mariage, en privant du droit de succéder et de transmettre, atteint dans ses effets le conjoint et ses enfants. La dégradation civique, en respectant le mariage et la propriété, en maintenant toutes les capacités qui se rattachent

Digitized by Google

à ces grands intérêts, n'atteint que la personne même du coupable; mais elle le dépouille complétement, dans la société et dans la famille, de tous les honneurs, de toutes les prérogatives dont son crime le rend indigne.

La dégradation civique s'adapte d'ailleurs parfaitement au caractère des peines perpétuelles, puisqu'elle-même, bien qu'elle n'accède aujourd'hui qu'à des peines temporaires, est perpétuelle de sa nature, l'expiration de la peine, aussi bien que la grâce, rendant seulement apte à obtenir, s'il y a lieu, la réhabilitation.

Maintenant, cette possibilité de réhabilitation par l'effet de la grâce deviendra applicable aux condamnés même à des peines perpétuelles. N'est-ce pas là encore un grand bienfait, puisqu'en ouvrant au repentir et à la bonne conduite une espérance, on tend par là même à rendre plus morale l'action de la peine, qui, toujours expiatoire, peut ainsi devenir régénératrice?

Enfin, messieurs, la substitution de la simple dégradation civique à la mort civile offre encore ce grand avantage d'amener, en cas de contumace, l'application d'une règle uniforme pour tous les condamnés, et d'éviter ainsi ces résultats inqualifiables que la mort civile, encourue après cinq ans, faisait produire à une condamnation non encore irrévocable. Pour tous, la dégradation civique commencera du jour de l'exécution par effigie (C. pén., art. 28); pour tous, elle cessera du jour de la comparution en justice dans les vingt ans (C. instr. crim., art. 641, 471, 476).

Venons maintenant à l'interdiction légale; c'est, dans le système proposé, le correctif nécessaire de l'indulgence qui laisse au condamné, sous le coup d'une peine afflictive, la propriété de ses biens.

Elle tend, comme on l'a vu, à fortifier et assurer l'action de la peine, tout en conservant l'intégrité du patrimoine : soit dans l'intérêt du condamné lui-même, qui peut de son vivant être libéré, par grâce ou prescription, d'une peine même perpétuelle; soit dans l'intérêt de sa famille, à qui les biens appartiendront après son décès. Cette mesure, on l'a déjà démontré, est plus efficace que la mort civile elle-même, pour prévenir et empêcher

Digitized by Google

les remises illégales qui pourraient être faites au condamné de tout ou partie de sa fortune. Et dans ce but moral, il est évident que les condamnés à perpétuité doivent être indéfiniment soumis au régime que la loi applique pendant toute la durée de la peine aux condamnés, supposés moins coupables, qui ne sont frappés que des peines temporaires.

Toutefois, quelques objections ont été faites contre l'interdiction appliquée aux peines perpétuelles. L'interdiction, a-t-on dit, est une mesure exceptionnelle essentiellement temporaire. Les difficultés qu'elle entraîne pour l'expédition des affaires, les entraves qu'elle apporte à la circulation des biens, sont un véritable préjudice social qu'il serait dangereux de prolonger. Qu'on accepte tous ces inconvénients quand il s'agit de protéger une incapacité qui doit cesser, cela se comprend; mais quand la cause qui produirait cette incapacité doit durer autant que la vie, il ne peut plus être question d'interdiction; il faut alors dire franchement que l'on exproprie; ou, si l'on ne le veut pas, il faut renoncer à entraver d'une manière quelconque le propriétaire dans la libre disposition de ses biens. Que si l'on craint qu'il ne puisse, par ce moyen, employer sa fortune à l'adoucissement de son sort, ou à se procurer des moyens d'évasion, il est facile d'y pourvoir, s'il n'y est déjà pourvu, par la sévérité des dispositions réglementaires sur la police des établissements pénitentiaires.

Ces objections, messieurs, qui s'étaient déjà produites dans la discussion de la loi sur la déportation, ne vous ont pas empêché alors d'appliquer aux déportés l'interdiction légale.

A la vérité, vous aviez pensé que de nouvelles études pourraient conduire à l'organisation d'un état mieux approprié à la nature des peines perpétuelles, et c'est seulement en attendant la loi générale sur l'état des condamnés à des peines de ce genre que vous avez admis pour les déportés la mesure de l'interdiction. Mais ces nouvelles études auxquelles votre commission s'est livrée n'ont fait que lui révéler le danger et les difficultés de l'entreprise, et lui en démontrer l'inutilité. Les raisons ci-dessus exposées lui ont paru de nature à prévaloir sur l'objection plus spécieuse que solide, tirée du prétendu caractère de non-perpétuité que l'on veut attribuer à l'interdiction.

Digitized by Google

Cette objection en soi n'a rien de grave : l'interdiction est temporaire, quand la cause qui la rend nécessaire est elle-même temporaire; mais pourquoi ne serait-elle pas perpétuelle quand cette cause est perpétuelle? N'est-ce pas même ce qui arrive pour l'interdiction judiciaire quand on la prononce pour une maladie mentale incurable? Dira-t-on que la guérison est toujours possible dans les cas mêmes où il est le moins permis de l'espérer? Mais n'est-il pas vrai aussi que la peine prononcée à perpétuité peut accidentellement cesser pendant la vie du condamné par l'effet de la grâce ou de la prescription? Il resterait à examiner si les cas de grâce accordée à des condamnés à perpétuité sont relativement plus rares que les cas de guérison après l'interdiction pour aliénation mentale. Mais la question n'est pas là : si, d'une part, on ne veut pas que la peine perpétuelle ouvre immédiatement la succession; et si, d'autre part, l'ordre public ne permet pas de laisser au condamné demeuré propriétaire la libre disposition de ses biens, il n'y a d'autre moyen que de le frapper d'incapacité; en d'autres termes, de l'interdire et de faire pourvoir à l'administration des biens par un mandataire légal chargé d'assurer leur conservation, soit dans l'intérêt du condamné lui-même, si par impossible il venait à recouvrer sa capacité, soit dans l'intérêt des parents qui à sa mort deviendront ses héritiers. Ce but est atteint par l'interdiction légale, et c'est pour cela que nous vous proposons d'adopter purement et simplement cette mesure, comme corollaire essentiel de la suppression de la mort civile.

Là, messieurs, s'arrêtait la proposition renvoyée à notre examen; si vous l'adoptez, comme nous vous le proposons, aucune condamnation à l'avenir n'emportera mort civile. Mais il nous a paru utile d'insérer dans la loi quelques dispositions transitoires relativement aux condamnés actuellement frappés de mort civile. Nul doute qu'ils ne doivent recouvrer la vie civile pour l'avenir, mais sauf, bien entendu, le respect des droits acquis; ce qui ne permet ni de leur rendre les biens dévolus à leurs héritiers par l'ouverture de leur succession, ni davantage de leur restituer les droits ouverts pendant leur mort civile, et recueillis par d'autres à leur exclusion. Seulement ils deviennent aptes à re-

Digitized by Google

cueillir les successions et autres droits qui s'ouvriraient par la suite, sans qu'on puisse désormais argumenter de la rupture du lien de famille qu'avait opérée la mort civile. C'est ce que nous exprimons en disant qu'ils recouvreront *tous leurs droits de famille.*

Et toutefois il ne faudrait pas, en les relevant de la mort civile, oublier qu'ils restent sous le coup de la condamnation à laquelle la loi attachait cet effet.

Il est évident dès lors que cette condamnation, qui cesse de produire mort civile, doit immédiatement produire sur leur capacité les effets attribués par la loi nouvelle aux condamnations de ce genre, c'est-à-dire la dégradation civique et l'interdiction. C'est encore ce que nous avons soin d'exprimer formellement dans l'article 3.

Les articles 4 et 5, qui terminent le projet, sont relatifs au mariage dissous par la mort civile, et tendent à réparer, autant qu'il est possible, l'injustice et l'immoralité de cette dissolution.

On ne peut, sans donner à la loi un effet rétroactif, considérer la dissolution du mariage comme non avenue; mais à cette dissolution, que la morale réprouve et contre laquelle la conscience publique n'a cessé de protester, il ne faut laisser pour l'avenir d'autres effets que ceux qui sont strictement commandés par le principe de non-rétroactivité.

Cela posé, le mariage dissous ne peut, par l'effet de la loi nouvelle, être de plein droit rétabli; et bien entendu que si un nouveau mariage a été contracté, ce nouveau lien doit être respecté. Mais s'il n'y a pas de nouveau mariage, la faveur due au premier lien, qui n'est dissous que civilement, amène naturellement ces deux conséquences :

1° Faculté de réhabilitation à des conditions plus simples que les conditions ordinaires de célébration;

2° A l'égard des parties qui ne voudraient point user de cette faculté, interdiction pour l'avenir de contracter un autre mariage avant la mort de l'une d'elles.

Sur le premier point, on ne doit s'attendre à aucune contradiction; mais le second semble plus délicat, puisqu'il tend à priver les parties d'une liberté acquise sous l'empire de la loi

Digitized by Google

précédente. Quoi qu'il en soit, votre commission ne voit là aucune atteinte portée au principe de non-rétroactivité. Le droit acquis qu'une nouvelle loi ne pourrait enlever, c'est l'affranchissement du premier lien, au point de vue des devoirs qu'il imposait respectivement aux époux. Quant à la faculté que les parties devenues libres avaient de se remarier, leur ôter cette faculté c'est seulement changer leur capacité, ce qui est toujours au pouvoir du législateur, pourvu qu'il respecte l'usage qui a été fait de la capacité antérieure, tant qu'elle a duré.

Telles sont, messieurs, les vues qui ont guidé votre commission dans la tâche difficile que vous lui avez imposée. Le temps semble venu d'en finir avec cette vaine fiction de mort civile, source d'embarras et de contradictions, contre laquelle les meilleurs esprits se sont depuis longtemps élevés.

Déjà, en 1832, le gouvernement avait eu la pensée de profiter de la réforme du Code pénal pour en proposer la suppression; mais il considéra avec raison que la matière, étant civile, ne pouvait rentrer dans son plan. Plus tard, en 1834, cette suppression fut l'objet d'une proposition formelle émanée de l'initiative parlementaire. Mais, tout en s'associant à la pensée des honorables auteurs de la proposition sur la nécessité d'une réforme, on recula devant la difficulté d'organiser un état pénal pour remplacer la mort civile. Quant à vous, messieurs, vous avez fait déjà un pas de plus quand vous avez décidé que la déportation n'emporterait plus mort civile. Il ne s'agit aujourd'hui que de compléter votre œuvre, en étendant à toutes les peines afflictives perpétuelles le principe admis pour l'une d'elles.

En conséquence, votre commission a l'honneur de vous proposer le projet de loi dont la teneur suit :

ART. 1er. La mort civile est abolie.

ART. 2. La dégradation civique et l'interdiction légale établies par les articles 28 et 29 du Code pénal s'appliqueront aux condamnés à des peines afflictives perpétuelles.

ART. 3. Les condamnés actuellement morts civilement recouvrent la vie civile et tous leurs droits de famille pour l'avenir,

Digitized by Google

sans préjudice des droits acquis à des tiers. Les articles 28 et 29 leur sont applicables.

ART. 4. Le mariage dissous par la mort civile peut toujours, à moins qu'il n'en existe un nouveau, être réhabilité, du consentement des deux parties. Tout autre mariage leur est respectivement interdit jusqu'à la mort de l'un d'eux.

ART. 5. La réhabilitation du mariage dissous s'opère par une déclaration que les deux parties font en commun devant l'officier de l'état civil, qui en dresse acte. Cet acte est inséré sur les registres à sa date. Il en est fait mention en marge de l'acte de la première célébration.

DEMANTE.

DU CONCOURS DES CRÉANCIERS AVEC UN CESSIONNAIRE EN MATIÈRE DE SAISIE-ARRÊT.

Par M. VIELLE,
Avocat du barreau de Dôle.

Non gloria nobis
Causa, sed utilitas, officiumque fuit.
OV., *De Ponto*, 2, 9.

Voici une matière usuelle et importante, qui paraît rebelle à toute solution scientifique, et qui est en proie depuis longtemps à la diversité des doctrines et à la contradiction des arrêts, c'est-à-dire à une véritable anarchie. On n'y comptait pas moins de six différents systèmes : un jurisconsulte éminent [1] vient d'en ajouter un septième. Mais malgré leur nombre, aucun de ces systèmes, il faut le dire, ne donne satisfaction à ce sentiment instinctif du vrai, qui doit toujours guider le jurisconsulte et le magistrat.

Il s'agit de savoir comment doit se répartir entre les divers ayants droit la somme due par le tiers saisi, et plus particuliè-

[1] Qui juris nodos et legum enigmata solvit. (JUVÉNAL, 8, 5.)

Digitized by Google

rement qui doit souffrir du concours du cessionnaire avec les créanciers saisissants.

Et d'abord, il nous paraît hors de doute qu'il doit en être du transport, dont l'article 1242 du Code Napoléon ne parle pas, comme du payement dont il parle seul. Le transport, en effet, dessaisit le débiteur commun, et éteint tout droit en sa personne, de même que le payement. Les créanciers de ce débiteur ne peuvent, pas plus dans un cas que dans l'autre, exercer de droit de son chef, puisqu'il a cessé d'en avoir lui-même. La libération, absolue lorsqu'il y a payement, n'est sans doute que relative en cas de transport; mais cela suffit au point de vue de la saisie-arrêt.

En général, chacun n'agit, ne peut même agir que pour soi, et les diligences ne profitent, directement du moins, qu'à ceux qui les font. Il n'en est pas autrement en matière de saisie-arrêt ou d'opposition; seulement, le premier saisissant maintient la chose dans le domaine du débiteur commun, et c'est à ce titre que sa diligence profite, d'une manière éloignée, aux autres créanciers.

Tout exploit de saisie-arrêt, aux termes de l'article 559 du Code de procédure, doit contenir l'énonciation de la somme pour laquelle elle est faite, et c'est ce que l'article 577 du même Code appelle la *cause* ou les *causes* de la saisie. Or, l'effet n'a pas plus d'étendue que sa cause; autrement il y aurait un effet sans cause, ce qui est absurde. *Certè nulla bona ratio hoc negat*, dit Dumoulin (Fiefs, § 22, gl. 5, n° 38), *imò suadet effectum proportionari debere causæ suæ efficienti, non dico respectu durationis ex post facto, sed respectu virtutis inexistentis a principio ipsi causæ efficienti, secundùm quam effectus imprimitur et qualificatur*. La somme pour laquelle on saisit et la somme arrêtée forment d'ailleurs deux corrélatifs naturels, et c'est assez dire qu'il doit y avoir égalité entre les deux termes; *nam habemus tutam regulam, quod relativorum sit eadem natura, et censeantur eodem jure :* c'est encore Dumoulin (*Cod.* 6, 20) qui parle.

L'article 1242 n'a rien de contraire à cette doctrine. En effet, le participe présent, *saisissants ou opposants*, forme condition ou limitation, et autorise clairement le tiers saisi à ne tenir aucun compte des créanciers qui ne se sont pas encore fait connaître;

Digitized by Google

idem est in jure non esse aut non apparere, disent les docteurs d'après la loi 77 *Dig. de contrah. empt.*

Le Trésor, auquel on n'a jamais reproché trop d'empressement à se libérer, ainsi que tous les dépositaires de deniers publics quelconques, payent sans difficulté, et il n'y a pas de raison pour que l'on en use autrement entre particuliers. L'article 4 du décret du 18 août 1807 n'a, en effet, bien évidemment pas d'autre caractère que celui d'une simple déclaration.

Enfin la facile circulation des capitaux importe à l'intérêt public, et il faudrait, s'il pouvait y avoir doute, interpréter dans le sens de cette circulation. On connaît aussi l'extrême urgence des recouvrements en matière de commerce, où le moindre retard peut faire éclater une faillite, qui en entraîne elle-même d'autres.

Voilà donc le tiers saisi et le cessionnaire hors de cause ; non, il n'y a pas de recours possible contre eux en cas de nouvelles saisies-arrêts, et la perte résultant du payement ou du transport ne peut atteindre que les créanciers.

Disons tout de suite qu'à notre avis le premier saisissant ne doit ni perdre ni gagner, et que la perte ne doit retomber que sur les créanciers négligents, qui pourront encore venir à contribution avec lui, mais sur un pied différent et pour une part moindre ; l'équité le veut ainsi, et la première vertu du droit, celle qui, pour nous servir des expressions de Beaumanoir (ch. 2, n° 11), *enlumine toutes les autres*, c'est l'équité.

M. Portalis (l'ancien) disait devant le Conseil des prises, le 9 prairial an VIII : « En général on est tenu, par la loi naturelle » et par la loi civile, de réparer le dommage dont on est la cause. » Le prétexte même de l'erreur ne peut dispenser personne de » cette réparation ; car un autre ne doit point souffrir de ce que » nous errons. Chacun doit porter le poids de sa propre destinée, » sans être reçu à le rejeter sur autrui. Il n'y a point à balancer » entre celui qui se trompe et celui qui souffre ; mais si ce der- » nier s'est exposé par sa faute aux inconvénients et aux dangers » dont il se plaint, l'action en dommages-intérêts cesse, parce » qu'alors il ne peut imputer qu'à lui-même le mal qui tombe » sur lui. »

Ces graves paroles condamnent nettement la prétention des

Digitized by Google

derniers saisissants ; c'est leur fait qui a donné lieu au préjudice dont il s'agit ; la charge doit leur en rester ; *sibi imputent.*

L'égalité, dans certains cas, peut être un désordre, et il y a des inégalités qui sont des harmonies ; il peut en être ainsi particulièrement entre les créanciers, à raison de la négligence des uns et de la diligence des autres. Écoutons à cet égard M. Troplong (*Nantissement*, n° 106) : « Le principe de l'égalité entre créan-
» ciers est sans doute fort respectable, mais il ne faut pas le
» gâter par trop d'affection. La sagesse juridique a dit avec beau-
» coup d'à-propos : *Vigilantibus jura scripta sunt.* Cette maxime
» est éternellement vraie, et dans toutes les situations de la vie,
» il y a une inégalité fondée sur la nature des choses, entre celui
» qui a fait sa condition meilleure par sa vigilance, et celui qui
» s'est laissé déchoir par son imprudence. »

La saisie-arrêt constitue un droit proprement dit, *jus quæsitum et radicatum*, comme disent les docteurs ; mais il n'y a pour les créanciers qui n'ont pas encore saisi qu'une simple expectative, moins que cela même peut-être, à raison de leur défaut de connaissance[1]. Quoi dès lors d'extraordinaire qu'un événement subséquent à la saisie nuise à ces créanciers et ne nuise pas au saisissant? *Difficiliùs amittitur jus jam quæsitum, quàm dùm quæritur, et est in fieri*, dit Dumoulin (*Usur.*, n° 630).

Le transport, et il en serait de même du payement, constitue une solution de continuité et sépare les saisissants en deux groupes distincts, ayant chacun leurs droits propres. C'est un milieu qui rompt l'unité entre eux, et ne leur permet plus de se donner, en quelque sorte, la main ; *medium impertinens impedit extrema conjungi*, dit Surdus (*Decis.* 269, n° 20).

La règle de l'égalité entre les saisissants n'a lieu que pour le cas simple du concours entre eux, et non pour le cas mixte de leur concours avec le cessionnaire. Dumoulin, *verb. obl.*, *l.* 2, § *in pr. n°* 10, a traité la matière du cas simple et du cas mixte, en général, et il enseigne précisément que le simple ne comprend pas le mixte, lorsque ce dernier *pertinet ad impediendum*, et non *ad juvandum.*

Il n'est d'ailleurs pas sans exemple que les créanciers d'une

[1] . . . . . Ignoti nulla Cupido. (Ov.)

Digitized by Google

certaine date excluent ceux d'une date postérieure. L'article 582 du Code de procédure en offre un dans la matière même de la saisie-arrêt. On tient généralement aussi qu'il n'est pas permis de saisir-arrêter pour une cause postérieure à la première saisie, ce qui comporte toutefois certaines exceptions. L'application de ce motif de préférence à la date des saisies-arrêts, pour le cas qui nous occupe, n'aurait donc rien d'étrange.

La préférence accordée par nous au premier saisissant est l'effet de la priorité du transport vis-à-vis des saisissants postérieurs, plutôt que de la saisie même; et l'on sait qu'il n'est pas sans exemple, en droit, d'obtenir indirectement et par voie de conséquence, ce qui ne serait pas permis d'une manière directe. *Sæpè animadverti*, dit le célèbre Gérard Noodt (*Probabilium, lib.* 3,*cap.* 12), *quæ principaliter non valere, per consequentiam tolerari.*

Les créanciers qui n'ont saisi qu'après le transport ou le payement ne peuvent pas, au reste, en faire abstraction, et demander la distribution de la somme frappée par la première saisie-arrêt, comme si le tiers saisi n'avait jamais dû que cette somme. Il y a unité d'affaire, fait complexe et indivisible. Ce serait d'ailleurs une fraude au préjudice du premier saisissant; et, lorsqu'il s'agit de fraude, on ne tolère pas plus la voie indirecte que la voie directe.

Ces créanciers ne pourraient pas non plus alléguer l'impossibilité où ils auraient été d'agir, à raison du défaut d'échéance du terme ou d'avénement d'une condition suspensive. La saisie-arrêt, dans la circonstance sur laquelle nous raisonnons, n'aurait été, de leur part, qu'un acte purement conservatoire et par conséquent très-licite [1]. Ils auraient eu besoin, peut-être, de la permission prescrite par l'article 558 du Code de procédure; voilà tout.

Mais il y a plus : l'impossibilité elle-même, si elle existait, ne serait pas de nature à relever les derniers saisissants, non d'une perte, mais d'un simple défaut de gain, parce qu'ils doivent prendre les choses dans l'état où elles se trouvent, et que c'est pour eux une nécessité de subir les conséquences du transport.

[1] La mainlevée de la première saisie, si elle n'était pas donnée en fraude de la seconde, la ferait tomber, parce que le droit qu'on n'a pas de soi-même, mais du chef d'un autre, s'évanouit par voie de conséquence, lorsque celui sur la tête duquel il reposait y renonce; seulement, les frais en seraient à la charge du débiteur.

Digitized by Google

« *Chacun doit porter le poids de sa propre destinée, sans être* » *reçu à le rejeter sur autrui.* » (*M. Portalis.*) On a eu tort, en effet, d'alléguer ici les art. 1382 et 1383 du Code Napoléon, comme l'ont fait les Cours de Caen et de la Guadeloupe (arrêts des 17 février 1846 et 16 mai 1851); il s'agit moins d'un préjudice à réparer que d'un avantage légitimement acquis au premier saisissant, et que les saisissants postérieurs au transport ne doivent pas lui envier.

Ces deux arrêts nous fournissent l'occasion de dire quelques mots de deux systèmes omis par M. Marcadé dans l'énumération qu'il a donnée des systèmes existants.

Le premier appartient au *Recueil général* de M. Devilleneuve, et se trouve dans l'exposition de doctrine qui précède l'arrêt de la Cour de Bourges du 3 février 1836 ; il a été reproduit par l'arrêt de la Cour de Caen, ou plutôt dans un considérant hypothétique de cet arrêt. Ce système consiste à attribuer au premier saisissant ce qu'il aurait touché s'il n'y avait pas eu de transport, et en opérant sur l'entière somme due par le tiers saisi. Mais son résultat serait, contre l'intention même de l'auteur exprimée formellement, de faire profiter le saisissant du transport, et cela à raison de ce qu'il ne place pas fictivement le cessionnaire au rang de simple créancier, rang qui lui aurait cependant appartenu incontestablement, si toutes les saisies-arrêts avaient précédé la signification de la cession.

La Cour de la Guadeloupe admet aussi implicitement le système dont on vient de parler, mais elle laisse au juge l'appréciation des faits de négligence, relativement à chaque saisissant postérieur au transport, de sorte que les uns pourraient être admis au bénéfice de la répartition égalitaire, et les autres en être exclus. Ce système, qui effraye d'abord par l'arbitraire qu'il institue, se trouve suffisamment réfuté par tout ce que nous avons dit, nous le croyons du moins.

Il ne nous reste plus maintenant qu'à déduire et à formuler par des exemples les conséquences de notre double principe de l'irrévocabilité du transport et de la première saisie-arrêt; et pour cette dernière, il faut se le rappeler sans cesse, c'est l'absence de toute perte et de tout gain.

1° La dette du tiers saisi était de 3,000 fr. et la saisie de

Digitized by Google

1,000 fr. Le tiers a payé la somme restée libre, c'est-à-dire 2,000 fr.; puis il est survenu une seconde saisie pour 1.000 ou 2,000 fr. Le premier saisissant aurait été payé intégralement, si le second avait été plus diligent; ce dernier ne devra rien avoir.

2° Mais supposons la seconde saisie faite pour 3,000 fr.; le premier saisissant, qui ne doit pas profiter du payement fait par le tiers saisi, n'aura que 750 fr. au lieu de 1,000; les 250 autres francs formeront le dividende du dernier saisissant.

3° Ce n'est plus le payement, c'est le transport des 2000 fr. libres et sa signification qui ont eu lieu depuis la première saisie. Ici encore, comme dans le cas du payement, si le second saisissant était venu plus tôt, ce transport n'aurait pu être opposé à aucun d'eux, d'après l'article 1242; les exemples donnés aux nos 1er et 2e sont donc applicables.

4° Soit maintenant un transport pour 2,000 ou 3,000 fr., peu importe, fait avant toute saisie, mais signifié seulement après les deux saisies. Le cessionnaire concourt alors comme le ferait un créancier; mais ce n'est pas, comme l'enseignent la plupart des auteurs, à raison du prix du transport payé par lui, ce qui exclurait entièrement le titre gratuit, et même partiellement le titre commutatif, lorsqu'il aurait été fait pour un prix inférieur à la valeur nominale de la créance. C'est toujours comme cessionnaire qu'il se présente; il recevra moins sans doute, mais le moins est dans le plus, *in toto et pars continetur* (l. 13, *de Regulis juris*). Le véritable fondement du concours du cessionnaire comme créancier, c'est l'intention présumée des parties; *in dubio nunquam præsumitur voluntas limitata*, dit Dumoulin (*Fiefs*, § 60, gl. 1, n° 4); il dit ailleurs, sur la loi 1re, § *si quis*, n° 36, *verb. oblig.*, d'une manière plus explicite : *Et in his quæ per se vel tacite insunt, proprie procedit regula, si non valet quod ago, ut ago, valeat ut et quatenus valere potest*. L'erreur des auteurs dont nous avons parlé a été de croire que le cessionnaire devait être créancier du saisi, comme les saisissants, tandis que sa qualité de cessionnaire et le *jus domini* qui en résulte, lui suffisent; le transport, en effet, opère comme tel, dans la mesure de son dividende, vis-à-vis du tiers saisi; d'ailleurs, le transport est parfait entre les parties par le seul consentement,

Digitized by Google

et les créanciers saisissants sont les ayants cause du cédant, dans le sens de l'article 1322.

5° Dans le cas du numéro qui précède, est-ce par voie de saisie-arrêt que le cessionnaire doit procéder, ou lui suffit-il de signifier son transport au tiers saisi ? Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour le dernier parti, qui se trouve déjà préjugé par ce que nous venons de dire. Son titre, c'est un transport, c'est-à-dire la propriété, et non une simple créance. C'est seulement *ex accidenti* qu'a lieu le concours comme pour simple créance, et l'on sait que l'accidentel n'est jamais caractéristique. Il n'y a d'ailleurs pas d'assimilation qui ne soit imparfaite; *nullum simile est idem*, disent les docteurs, et cela est vrai, même dans la nature.

6° Soit un transport de 2,000 fr. antérieur à toute saisie, et signifié non plus en dernier ordre, mais après la première saisie et avant la seconde, que nous supposerons faites chacune pour 1,000 fr.; le premier saisissant aura 750 fr., formant le quart de 3,000 fr., et le second 250. En effet, si le second saisissant avait été plus diligent, le cessionnaire ne serait venu que comme créancier vis-à-vis de ce second saisissant comme vis-à-vis du premier. Inutile d'observer que si la dernière saisie avait été faite pour 2,000 ou pour 3,000 fr., le premier saisissant recevrait d'autant moins, et le second d'autant plus.

7° C'est un transport de 3,000 fr. qui a eu lieu, et la signification en a été faite avant la seconde saisie et après la première, toutes deux encore de 1,000 fr.; il faudra d'abord attribuer, à titre de propriété, 2,000 fr. au cessionnaire; puis, comme au numéro précédent, supposer le transport des 3,000 fr. fait en dernier lieu et valant simple opposition. Le premier saisissant dira en conséquence au second : « Si vous étiez venu avant le transport, toutes les créances montant à 5,000 fr., j'aurais eu 600 fr. et je les prends; restent 400 fr. dont vous aurez moitié, et le cessionnaire l'autre moitié pour ses 1,000 fr. de simple créance. » Nous plaçons, comme on voit, au dernier rang le cessionnaire réputé simple créancier, et telle est, en effet, la conséquence de ce qui a été dit sous les n°s 4 et 5. Le transport vaut d'abord et autant que possible, comme tel ou pleinement. Ce n'est que d'une manière subsidiaire qu'il vient, le cas échéant, à titre de

Digitized by Google

créance, ou plutôt à l'instar des créanciers. Le cessionnaire doit d'ailleurs être présumé l'avoir lui-même entendu ainsi, parce qu'autrement, et si son opposition virtuelle devait être considérée comme antérieure au transport, ce transport n'aurait plus d'effet que pour 1,000 fr., et cette perte ne serait pas compensée par le dividende qui lui reviendrait. En effet, au lieu de 2,200 fr., il n'aurait plus que 2,000 fr., le premier saisissant en aurait toujours 600, et le dernier aurait 400.

8° C'est encore un transport de 3,000 fr. qui a eu lieu, et la signification en a été faite après une saisie de 1,000 fr. sans qu'il en soit intervenu une seconde. Le cessionnaire prendra d'abord les 2,000 fr. restés libres; le créancier saisissant aura 750 fr., et le cessionnaire, en tant que créancier, 250 fr.

9° Lorsque la saisie-arrêt et le transport ont été signifiés le même jour, et qu'il n'y a également pas de saisie postérieure, le saisissant a 750 fr. et le cessionnaire 2,250 fr.

10° Toujours dans le même cas de signification faite le même jour, et lorsqu'il y a un saisissant postérieur, le premier saisissant a 600 fr.; le cessionnaire, en sa double qualité, a 2,200 fr., et le second saisissant a 200 fr.

11° Enfin, si dans le cas du n° 7, le premier saisissant avait donné mainlevée de la saisie qui avait maintenu la chose, comme nous l'avons dit, dans le domaine du débiteur commun, cette mainlevée ne changerait rien à la position et aux droits du second saisissant. Le cessionnaire, au contraire, d'après la théorie exposée sous les n°s 4 et 7, profiterait de la mainlevée, et son contingent se grossirait de tout ce que le premier saisissant aurait touché. Inutile de dire que la cession aurait son plein effet, si la première saisie était nulle pour vice de forme.

Le premier saisissant, comme on le voit, subit le concours du transport considéré comme une simple opposition, et le dernier le subit en outre comme transport proprement dit, en tout ou partie, selon les cas. Le premier saisissant se trouve, par le fait, avoir rendu un bon office au nouveau créancier; c'est bien le moins qu'il n'éprouve aucun préjudice du transport, en tant que tel, et que ce créancier en souffre seul; *neque enim ferendus est is qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei*

Digitized by Google

annexum contemnit. (*L. unic.*, § 4, *Cod. de caducis tollendis.*)

Le siége de cette matière, on l'a trop oublié, est dans l'article 1242, et non dans les articles 2093 et 2094. C'est sur ce point que nous appelons particulièrement l'attention de nos lecteurs. L'article 1242 est applicable au transport comme au payement. La saisie-arrêt laisse disponible la partie de la dette qu'elle ne frappe pas, et le payement ou le transport est irrévocable. Mais réciproquement il ne peut pas préjudicier au premier saisissant. C'est donc le dernier qui doit supporter la perte qui en résulte. Ces propositions et ces conséquences, qui s'enchaînent entre elles, nous semblent invincibles. Il ne s'agit donc pas de privilége, mais seulement d'imputabilité et de réversibilité, c'est-à-dire de simple justice distributive.

Qui nous accordera l'irrévocabilité du payement ou du transport, ne pourra plus rien nous contester; et qui persisterait dans le système de l'égalité, devrait reconnaître un recours au premier saisissant contre le tiers saisi ou le cessionnaire. Or la jurisprudence incline déjà en faveur de la disponibilité et de l'irrévocabilité; c'est le seul point sur lequel elle paraisse se fixer, et la doctrine y est généralement conforme.

On a considéré la règle de l'égalité entre les créanciers comme une de ces vérités d'évidence, ou un de ces axiomes qui s'imposent partout et ne se démontrent pas. Mais les propositions absolues sont loin d'être toujours exactes dans la science du droit; *les vérités, même les plus rigoureuses*, dit très-bien M. Demolombe [1], t. IX, n° 151, *n'y sont, au contraire, souvent que relatives.* Le président Fabre, dans ses *Rationalia*, sur la loi 16, *Dig. de Legibus*, avait déjà proclamé la même doctrine en ces termes : *Vix ullum jus tàm generale quod non aliquam exceptirnem pati debeat, vix ulla regula tàm certa quæ non aliquandò vitietur, ob aliquam scilicet æquitatem et utilitatem publicam quæ emergat ex qualitate personæ, vel rei, loci aliisque circumstantiis facti.*

Non, il n'y a rien, il ne peut rien y avoir de contraire à la thèse que nous soutenons, dans *le Droit français si souple sous*

1 Jure madens, varioque fori limatus in usu. (MARTIAL, 7, 51.)

Digitized by Google

la main de l'équité, si obéissant à la voix du droit naturel. (M. Troplong, *Prêt*, *n°* 142.)

Notre rude tâche est terminée; nous n'avons plus qu'à attendre le jugement qui sera porté sur notre travail, si l'on veut bien s'en occuper.

Fontenelle a dit que toute vérité nouvelle est un coin qu'il faut faire entrer par le gros bout : nous présumons mieux de nos lecteurs. La nouveauté a d'ailleurs son attrait parfois ; la fatigue et le découragement des esprits préparent peut-être aussi à notre théorie un accueil bienveillant.

Nous ne défions pas la critique; nous sommes loin toutefois de la redouter : nous l'appelons au contraire. La discussion est la pierre de touche de la vérité comme de l'erreur; elle ne laisse la marque d'or que sur la première.

Notre confiance, qui est grande, ne va pas cependant jusqu'à la présomption ; il n'appartient qu'à un homme tel que Dumoulin de pouvoir dire, comme il le fait quelquefois : *Hæc est ipsissima veritas*.

Nous n'avons pas craint de faire usage des *maximes*, si dédaignées de nos jours, et même formellement condamnées par quelques jurisconsultes (M. Oudot, par exemple, dans sa *Philosophie du droit*, §§ 90 et suiv.). Pour notre compte, nous ne croyons pas que les *maximes* soient aussi stériles qu'on se plaît à le dire, et ce qui peut rassurer à cet égard, c'est le passage suivant de Cujas, sur la loi 38, *Dig.*, *de Pactis* : *Nullus est jurisconsultus, qui tot regulas juris nobis conferat quàm Papinianus, quod summæ illius sapientiæ fuit; est enim periti in promptu habere regulas et definitiones rerum et nominum.*

Bacon, à qui la *philosophie* d'aucune science ne fut étrangère, comme on sait, s'exprime encore ainsi sur les *maximes*, dans ses admirables aphorismes : *Ad certitudinem legum facit* (*si quid aliud*) *tractatus bonus et diligens de diversis regulis juris. Is dignus est, qui maximis ingeniis et præstantissimis jurisconsultis committatur, neque enim placent quæ in hoc genere extant. Colligendæ autem sunt regulæ non tantùm notæ et vulgatæ, sed et aliæ magis subtiles et reconditæ, quæ ex legum et rerum judicatarum harmoniâ extrahi possint, quales in rubricis optimis*

Digitized by Google

quandòque inveniuntur; suntque dictamina generalia rationis, quæ per materias legis diversas percurrunt, et sunt tanquàm saburra[1] *juris.*

La science du droit est ardue et pleine encore d'obscurités; une élaboration patiente et consciencieuse en resserrera successivement le cercle. « En aucune chose peut-être, a dit M. Guizot (*Cours d'Histoire moderne*, 1re leçon), il n'est donné à l'homme d'arriver au but, sa gloire est d'y marcher sans cesse. »

VIELLE.

JACQUES DU LORENS.

Par M. DOUBLET DE BOISTHIBAULT,
Avocat du barreau de Chartres.

Avocat, magistrat et poëte satirique, du Lorens naquit à Châteauneuf[2], aujourd'hui l'un des chefs-lieux de canton de l'arrondissement de Dreux (Eure-et-Loir), vers 1583. Il fit son droit, et après avoir obtenu des lettres de doctorat[3], il voulut prendre place au barreau[4] de Paris[5]. Il y rencontra comme ailleurs des confrères et des rivaux dont la vogue et les succès, immérités à ses yeux, le dégoûtèrent bien vite de la carrière qu'il avait choi-

[1] Le lest.

[2] Quand un homme est Normand, on croit qu'il ne vaut rien.
L'argument passerait avec des lavandières;
Car que vaudrais-je, moi, qui suis *né des lixières?* (Liv. I, sat. 8.)

Dreux du Radier, *Éloges des hommes du Thymerais*, p. 10 et suiv. — D. Liron (*Biblioth. génér. des auteurs de France*, 1719, in-4°) ne consacre à du Lorens que dix lignes.

[3] Sat. 17 et 22.

[4] Étant jeune avocat après être docteur,
Et voyant qu'au barreau je n'étais qu'auditeur,
Que d'autres moins savants plaidaient pour les parties,
Moi de *jeter le froc* par dépit *aux orties*,
Détester ce bonnet, n'aller plus au palais,
Où l'on m'eût souvent pris sans cause et sans relais.

[5] Il cite dans ses notes sur l'article 126 de la coutume de Châteauneuf (Chartres, 1732) un arrêt du 26 janvier 1600, intervenu contre les chartreux d'Auray en Bretagne; plaidants Mes Arnaud et Marion. « J'étais, dit-il, jeune avocat au barreau. »
Fournel (*Hist. des avocats*, t. II, p. 371) parle de Simon Marion, et d'Arnaud (p. 406).

Digitized by Google

sie; suivant son expression, il jeta le froc aux orties. Retiré à Chartres, il tenta de nouveau l'entreprise; il exerça comme avocat devant le présidial de cette ville [1]. Du Lorens était très-ardent dans la défense des intérêts qui lui étaient confiés; son langage devint assez peu retenu pour blesser les magistrats dont il relevait, ce qui lui valut quelques avertissements sévères [2]. Il ne méconnaissait pas ses torts, mais il cherchait à les faire excuser en les attribuant à une ingénuité dont il serait permis de douter. Il reprochait au temps dans lequel il vivait les vengeances et les persécutions dont il était l'objet. Il se plaignait qu'on le tracassât sur la pointe d'une aiguille [3]; il demanda des consolations aux lettres : avec elles il se fit une règle de conduite plus facile. Selon sa philosophie, il ne vit plus dans la vie

. . . . . qu'une grande Iliade.
. . . La plupart des gens ont la tête malade.

Il aurait été en butte à tant de calomnies; il aurait reçu tant d'exploits, de commissions ou de quérimonies

Que sa muse en aurait oublié sa chanson!

Ce fut à Chartres que, pour son malheur, il épousa Geneviève Langlois. Ce mariage le rendit maître de la terre d'Oiré, dont il prit le nom. Sa fortune était plus que suffisante pour ses besoins à juger de l'aveu qu'il passe de son parfait contentement :

J'ai du bien, grâce à Dieu, ce qu'il m'en faut pour vivre;
Je mange fort peu seul, jamais je ne m'enivre;
Si je n'ai des états, étant homme privé,
Je me couche plus tôt, j'en suis plus tard levé.

Son intérieur était loin d'être heureux. Sa femme, qu'il comparait à celle de Socrate, le tourmentait et le désolait sans cesse.

[1] *V.* le mémoire écrit par le lieutenant particulier, dans lequel on dit que du Lorens étant avocat au présidial de Chartres, offensa les magistrats, et pour ce fut *blâmé* par arrêt de la Cour.

[2] Le mémoire précédent cite un arrêt du parlement de Paris, lequel aurait condamné du Lorens à de grosses amendes et aux dépens au profit de Me Olivier, avocat du roi au bailliage de Chartres, pour excès, injures et libelles diffamatoires.

[3] Jamais dans un procès je ne suis demandeur;
La malice du siècle en veut à ma candeur;
C'est un malheur pour moi que toujours on m'ajourne.....
On me traduit pourtant ainsi qu'un charlatan;
On me fait des procès dessus des nids d'autan,
Sur le point d'une éguille ou sur une chimère. (Liv. II, sat. 5.)

Digitized by Google

Il fallait quereller du matin jusqu'au soir [1]. Il eut plusieurs enfants qu'il perdit. Il survécut à sa femme pour laquelle il composa cette épitaphe :

> Ci-gît ma femme : oh ! qu'elle est bien !
> Pour son repos et pour le mien.

Ce fut en 1613 que du Lorens quitta Chartres pour aller se fixer à Châteauneuf, en Thimerais, où il fut investi de la charge de bailli-vicomte de ce lieu [2]. Là, il eut à subir les mêmes ennuis qu'à Chartres. Faut-il en accuser son humeur acariâtre et difficile? Un mémoire publié dans le temps porte « qu'il attaqua toutes sortes de personnes publiques et privées [3], » mais il ne faut accepter qu'avec réserve ces amers reproches révélés dans un *factum* rédigé certainement avec quelque exagération. Il ne faut pas oublier que du Lorens habitait une petite ville où la malignité et l'envie traditionnelles ont dû se trouver plus d'une fois aux prises. S'il en a été le but, doit-on s'étonner qu'il ait cherché à prendre sa revanche? Son caractère, malgré tout, et son esprit lui conquirent d'illustres amis, Molé, Briçonnet, Charles de Gonzague duc de Nevers, le président Nicolle, Rotrou, le poëte Nicolas Bourbon, le peintre Vignon, le sculpteur Biard [4]. Enfin les longues années qu'il passa dans l'exercice de sa magistrature (quarante ans!) témoignent assez de l'injustice des reproches qui lui sont adressés. Exempt d'ambition et d'avarice, il détestait la fraude et la ruse, *quoique peu dévot*, c'est lui qui nous le dit. Grand amateur de livres [5], il en avait recueilli de fort précieux.

Jusqu'ici nous n'avons considéré du Lorens que comme magistrat, nous allons en parler désormais comme poëte. Il avait un goût très-prononcé pour la satire. Régnier, son compatriote,

[1] Son humeur est fâcheuse et contraire à la mienne. (Liv. I, sat. 2 et 5.)

[2] C'est le titre qu'il prend dans son commentaire sur la coutume de Châteauneuf (éd. de 1731); dans son ouvrage *les Trois coutumes voisines de Châteauneuf, Chartres et Dreux*, avec les notes de M. Charles Dumoulin (1545), il se dit *bailly-vicomte de Châteauneuf*.

[3] « Du Lorens, dit le mémoire déjà cité, était d'une humeur si peu accommodante, que jamais il n'y put vivre en paix et sans avoir des différends avec quelqu'un, n'ayant laissé un seul de ses officiers et principaux habitants exempts de ses offenses ordinaires. »

[4] La 21e satire fait l'éloge de la sculpture.

[5] Si je n'avais un peu *bouquiné* mon Homère.

Digitized by Google

était son aîné de dix ans[1]. Il écrivit après lui sans entendre faire mieux[2]. Plus heureux que son devancier, ses vers furent plus chastes et plus moraux. Respectant les personnes, il ne s'attaquait qu'aux vices[3]. Il ne manqua à cette louable habitude que dans la 22e satire, en parlant du professeur Crassot. Il tourna en ridicule les faux dévots (sat. 1re), le mariage (sat. 2), la noblesse (sat. 3). Dans d'autres satires, il parle des avantages et des inconvénients de la vie de Paris (sat. 9), des peines des plaideurs (sat. 12)[4], etc.

Ainsi qui veut plaider, s'il a de la cervelle,
Doit contre ses papiers peser une escarcelle.

Viennent les avocats :

Bon si les avocats gardaient la loi Cincie[5];
Mais quand ils prennent trop, on les en remercie.
Ils trouvent dans leur Code ou bien dans leur Digeste,
Qu'après qu'ils sont payés on leur en doit de reste.

Rien n'échappe à son fouet. Les prodigues (sat. 14), les nouvellistes et les puristes (sat. 20). Dans la 22e, il cherche à dissuader l'un de ses amis d'embrasser la religion protestante; à cette occasion il parle du Cocyte, des faux dieux, de Judas, de Tantale et de Thésée. Dans la dernière (la 26e), le poëte fait sa confession; il se donne pour un homme franc et loyal; il voudrait vivre comme le *premier* homme eût vécu, s'il n'eût pas failli!...

Si le bon père Adam n'eût point mordu la pomme,
Tout le monde aussi bien eût été gentilhomme.

Il aimait passionnément la peinture et la sculpture; il y sacrifiait une partie de ses revenus.

[1] Il était né le 21 décembre 1573.

[2] Je ne dispute point la gloire de Regnier;
On sait bien que je suis en date le dernier.

[3] Dicere vitiis, parcere personis.

[4] Il n'est peut-être pas hors de propos de remarquer que Boileau, qui comme du Lorens fut avocat au parlement de Paris, traita les mêmes sujets que celui-ci. Voyez dans Boileau la 10e satire contre le mariage (dans du Lorens, sat. 2); la 3e contre la noblesse (du Lorens, sat. 3); la 7e sur l'inconvénient qu'il y a d'écrire des satires (du Lorens, sat. 7); la 6e sur les agréments et les désagréments de Paris (du Lorens, sat. 9).

Juvénal avait aussi parlé des embarras de Rome (sat. 3); des femmes (sat. 6); de la misère des gens de lettres (sat. 7); des nobles (sat. 8); du luxe de la table (sat. 11).

[5] La loi *Cincia* défendait aux avocats de recevoir des honoraires de leurs clients. *V.* Cicéron, *De orat.*, lib. 2.

Digitized by Google

. . . Je mets tous les jours mon argent en couleurs. (Sat. 5.)

Dans son épître dédicatoire de la coutume de Chartres [1], dans l'étendue de laquelle il possédait quelques terres, épître adressée à M. de Houssay, conseiller du roi en ses conseils d'État et privé, dont il avait fait la connaissance comme amateur de la peinture, il dit : « On m'a fait présent depuis trois mois d'une vierge de *Léonar* [2] (sic) que vous verrez quand il vous plaira, sans néanmoins que je vous assure qu'elle soit originale. »

. . . . . L'on me voit épris
D'une toile que j'ai dont tu [3] sais tout le prix,
Qu'un de nos curieux apporta d'Italie.....
Mon petit cabinet des beautés me découvre
Que je ne verrais pas dans les chambres du Louvre.

Il avait payé mille écus une *Madelaine*, ce qui lui valut une épigramme de Colletet [4] :

Cher du Lorens, second Regnier,
Ménage un peu mieux le denier.
Sur notre montagne indigente
Quoique tu sois riche d'autant,
Je crains que cette repentante
Ne fasse un jour un repentant.

Il mourut à Châteauneuf en 1658, âgé de soixante-quinze ans environ. Ses satires ont eu deux éditions (Paris, 1624, in-8 et 1646, in-4°). Ses *Annotations sur les coutumes de Châteauneuf, Chartres et Dreux*, ont été publiées à Paris en 1645, in-4°. — Dreux du Radier a fait son éloge historique dans *les Hommes illustres de la province du Thimerais* (1749). Il loue son talent comme versificateur et regrette que du Lorens n'ait pas vécu à Paris. Mais, pour être vrai, il faut reconnaître que les vers de du Lorens manquent de correction et de goût. La fécondité ne prouve pas nécessairement le talent.

DOUBLET DE BOISTHIBAULT.

[1] Éd. 1645.
[2] Léonard de Vinci probablement.
[3] A Vignon (5e sat.) :

Je suis, comme tu sais, soit nature ou hasard,
Grandement amoureux des œuvres de ton art.
Autant qu'homme qui soit j'honore la peinture.....

[4] En 1650. Guillaume Colletet se fit aussi recevoir avocat au parlement de Paris, sans en exercer la profession.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers d'octobre 1852.

Par M. Paul PONT,
Docteur en droit, président du Tribunal de Corbeil.

SOMMAIRE.

1. *Partage d'ascendant; action en nullité.* — Les descendants sont-ils recevables à attaquer le partage fait entre eux par l'ascendant du vivant de celui-ci?
2. *Donation entre époux; révocation; séparation de corps; testament.* — La séparation de corps entraîne-t-elle de plein droit révocation des libéralités faites à l'époux contre lequel elle est prononcée?
3. *Quid* s'il s'agit de libéralités testamentaires?
4. *Communauté d'acquêts; stipulation.* — La communauté d'acquêts résulte-t-elle de la stipulation que les époux excluent de la communauté ce qui leur appartient au moment du mariage ou leur adviendra par succession ou autrement, tant en meubles qu'immeubles?
5. *Communauté d'acquêts; propre; preuve; inventaire.* — La présomption d'acquêts résultant du défaut d'inventaire peut-elle être détruite, même vis-à-vis des tiers, par la preuve contraire?
6. *Réalisation; propre; meuble; aliénation.* — Une créance propre à la femme mariée avec stipulation de communauté d'acquêts est-elle valablement cédée par le mari seul sans le consentement ou le concours de la femme?
7. *Dot; inaliénabilité; institution contractuelle.* — Les biens dotaux peuvent-ils être, de la part de la femme, l'objet d'une institution contractuelle?
8. *Donation déguisée; rapport; dispense.* — Les juges peuvent-ils induire des circonstances la dispense du rapport dans les donations indirectes ou déguisées?

1. — (Cass. 14 juill. 1852; *Devill.*, 1852, 1, 750.) — Le *Journal du Palais* a rapporté, dans son cahier d'août-septembre (*V.* p. 292), cet arrêt que nous retrouvons aujourd'hui dans le Recueil de M. Devilleneuve, et dont nous n'aurions rien à dire si l'annotation dont l'arrêt est suivi, dans le *Journal du Palais*, n'avait été l'objet, de la part de notre collaborateur M. Marcadé, dans son dernier *Examen doctrinal* (V. *suprà*, p. 72), d'une critique qui dans la forme manque peut-être de mesure, et qui au fond n'a pas toute la justesse qu'on lui pourrait désirer.

Digitized by Google

L'arrêt décide qu'un partage d'ascendant ne peut pas être plus attaqué du vivant de l'ascendant, par le motif qu'il n'attribuerait pas en nature à l'un des copartageants sa part des biens, qu'il ne pourrait l'être par une demande en réduction ou en rescision pour atteinte à la réserve ou pour lésion du quart. A ce propos, l'annotateur du *Journal du Palais* avait dit : « La raison de décider est la même, en effet, dans l'un et l'autre cas. Il s'agit toujours de prémunir l'autorité paternelle contre de graves atteintes, et de ne pas mettre les descendants dans l'alternative de compromettre leurs droits en gardant le silence, ou de se montrer ingrats envers leur bienfaiteur en attaquant directement, à son vu et su, l'acte émané de lui en leur faveur. C'est sur ce fondement qu'on décide aujourd'hui, sans distinction ni réserve, que la prescription de l'action ouverte aux copartageants par la loi ne commence à courir que du jour du décès de l'ascendant. *V.* Agen, 28 mai 1850 et la note; Cass., 18 fév. 1851 et la note. » Le *Journal du Palais* n'a pas dit un mot de plus. M. Marcadé y a trouvé cependant beaucoup à reprendre. Il a rappelé d'abord que suivant lui, et comme il l'a expliqué soit dans un précédent *Examen doctrinal* de cette *Revue* (t. I, p. 281), soit dans la *cinquième édition* de son *Explication du Code* (t. IV, n° 877), la raison, aussi simple que péremptoire de décider, est que les enfants sont, tant que l'ascendant existe, sans aucune espèce de droit à critiquer le partage des biens de celui-ci; puis, après deux ou trois pages de discussion, il a terminé par cette observation : « Il est fâcheux qu'un annotateur, qui se propose d'éclairer et de justifier la doctrine d'un arrêt, vienne exposer des idées aussi fausses, au moment même où le texte de cet arrêt donne les bonnes : et mieux vaudrait assurément, pour le progrès des connaissances juridiques et jurisprudentielles, ne pas faire de *notes doctrinales* que de les faire ainsi. »

M. Marcadé n'a pas songé, peut-être, que c'est mal reconnaître les services rendus à la science par les grandes collections de jurisprudence et assez mal les encourager dans ce travail si précieux et si intelligent qu'elles accomplissent chaque jour, que de prendre, dans l'une d'elles, quelques mots écrits évidemment

Digitized by Google

sans prétention aucune, pour les soumettre à une critique qui, fût-elle complétement fondée, n'en resterait pas moins empreinte d'une regrettable amertume. Aussi, plus le reproche de M. Marcadé a de rudesse, plus il nous convient de ne pas le laisser s'égarer : nous nous empressons donc de nous reconnaître l'auteur de ces quelques mots qui ont ému M. Marcadé, en répudiant toutefois cette qualification de *note doctrinale* que M. Marcadé leur a donnée sans doute pour s'expliquer à lui-même le grand effort de discussion et de réfutation auquel il a cru nécessaire d'avoir recours.

Au surplus, comme nous n'avons pas une conscience bien nette de la grandeur du méfait, nous n'avons pas non plus un grand mérite à l'humilité de notre aveu.

Après tout, qu'avons-nous fait en mettant la raison de décider dans des considérations de morale, et de respect de la famille? Nous avons suivi les données de toute l'affaire. D'une part, la Cour de Paris, dont l'arrêt (rendu en audience solennelle) était attaqué, avait dit que : « Les enfants investis d'un lotissement qui leur est fait par leur auteur, *nullo jure cogente*, seraient placés dans une situation fausse et *presque voisine de l'ingratitude, s'ils se trouvaient obligés d'en critiquer l'importance contre le bienfaiteur lui-même ou à son vu et su;* que de ces raisons il résulte qu'il a été évidemment dans la pensée du législateur de laisser sommeiller les actions en justice contre l'acte de la volonté de l'ascendant pendant tout le temps de sa vie ; que cette pensée est morale, *qu'elle préserve l'autorité paternelle de graves atteintes, qu'elle concilie seule le respect des enfants pour le père de famille avec le soin de leurs droits.* » D'une autre part, le système du pourvoi en cassation, M. Marcadé n'y a pas fait attention peut-être, reprenait ces mêmes motifs de l'arrêt, et sans en méconnaître la légitimité, en la reconnaissant formellement au contraire, il se bornait à établir qu'ils n'étaient pas susceptibles de recevoir leur application dans l'espèce. « On comprend, disait-on, que le *respect dû à l'autorité paternelle* ne permette pas d'introduire l'action du vivant de l'ascendant donateur, lorsqu'il s'agit d'attaquer un partage portant lésion de plus du quart, ou qui n'a pas été fait entre tous les enfants ou descendants.

Digitized by Google

Mais, dans l'espèce, l'action en nullité avait une cause toute différente; elle était fondée non-seulement sur la lésion, mais encore et plus particulièrement sur l'inobservation des règles essentielles au partage, en ce que, contrairement aux articles 826 et 832 C. Nap., un seul des copartageants avait reçu l'attribution en nature de tous les biens partagés, à la charge de payer une soulte en argent à l'autre. Or, dans ce cas, il ne saurait y avoir le même motif d'ajournement; le préjudice existe, il est dès à présent certain, et pour le faire cesser, il n'y a qu'une opération matérielle à faire, *opération qui ne blesse en aucune manière le respect dû à l'autorité paternelle.* »

Dans ces circonstances, et quand la Cour de cassation rejetait le pourvoi, et maintenait par conséquent l'arrêt attaqué, est-ce un grand tort d'avoir dit que la raison de décider, discutée par les demandeurs en cassation, s'applique aux deux hypothèses par eux prévues? Nous ne le croyons pas.

Mais cette raison, dit M. Marcadé, est radicalement fausse; la seule vraie c'est que les enfants n'ont aucune espèce de droit pendant la vie de l'ascendant donateur. Voilà le tort de M. Marcadé. Que la raison par lui invoquée soit bonne et concluante, cela est certain : si notre note du *Journal du Palais* ne la rappelle pas, du moins il n'y a pas un seul des termes de cette note qui l'exclue. Mais que cette raison soit la seule vraie, et que celle sur laquelle a porté toute la discussion du pourvoi devant la Cour de cassation soit radicalement fausse, voilà ce que nous ne saurions reconnaître.

Nous ne le reconnaissons pas d'abord, parce que c'est à nos yeux une autorité très-puissante qu'un arrêt rendu par la Cour de Paris, première et deuxième chambres réunies, sous la présidence de M. le premier président Troplong. — Nous ne le reconnaissons pas encore, parce que des jurisconsultes dans lesquels nous avons aussi, comme en M. Marcadé, une grande confiance, ont accueilli comme fort bonne la raison si décriée par M. Marcadé. (*V.* notamment l'excellente annotation dont M. de Villeneuve a fait suivre, dans son Recueil, l'arrêt de la Cour de Paris, 50, 2, 305).— Nous ne le reconnaissons pas enfin, parce qu'après tout la Cour de cassation n'a pas condamné les motifs ci-dessus

Digitized by Google

reproduits de l'arrêt de Paris, puisqu'elle a maintenu cet arrêt.

Mais, nous dit M. Marcadé, la Cour de cassation a jugé par d'autres motifs! — Nous le voulons bien. S'ensuit-il qu'il ait été dans la pensée de la Cour suprême d'exclure les raisons données par la Cour de Paris? Voici notre réponse. Un arrêt encore inédit du 31 janvier 1853, rendu, au rapport de M. le conseiller Lavielle, six mois environ après celui que M. Marcadé nous oppose, contient le motif suivant : « ..... Attendu que cette action (l'action en nullité) autorisée par l'article 1079 C. Nap. était subordonnée, quant à son exercice, au décès de l'ascendant donateur, puisque ce n'est qu'à cette époque qu'il est possible d'apprécier et de calculer la valeur corrélative de la réserve légale et de la quotité disponible, *et que toute querelle à cet égard, du vivant du père, serait une grave atteinte, non-seulement à la loi, mais aussi à la morale et au respect de la famille...* »

Ainsi, la Cour de cassation ne trouve pas que celle des raisons que la note du *Journal du Palais* a rappelée, soit si contraire au progrès des connaissances juridiques et jurisprudentielles! M. Marcadé en sera-t-il plus tolérant ?....

2.— (NANCY, 16 FÉVR. 1850; *J. P.*, 1852, 2, 437).— Nous avons remarqué également, dans le même *examen doctrinal*, que notre honorable collaborateur, en signalant un arrêt de la Cour de Lyon du 4 mai 1852, par lequel il était décidé que les donations entre époux par contrat de mariage, sont, de même que les donations entre-vifs, sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude (V. *suprà*, p. 83), rappelait, comme se liant à celle-ci, une autre question plus générale, celle de savoir si la séparation de corps prononcée contre un époux entraîne de plein droit la révocation des avantages qui lui ont été faits par son conjoint, soit dans le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. — L'arrêt de la Cour de Nancy que nous relevons aujourd'hui dans le *Journal du Palais* résout cette seconde question, et il le résout dans des circonstances qui donnent à la solution sa plus grande extension.

La Cour de Nancy n'a pas eu seulement à résoudre cette question générale, tranchée aujourd'hui par une jurisprudence constante, de savoir si la règle de révocation posée dans l'ar-

Digitized by Google

ticle 299 du Code Napoléon, qui est écrit au chapitre du divorce, doit recevoir son application aussi dans le cas de séparation; elle a eu encore à statuer sur la question de savoir quelle est la portée de l'article 299, et spécialement si, dans les avantages qu'il déclare révoqués de plein droit par l'effet du divorce, se trouvent compris les avantages testamentaires, aussi bien que les avantages entre vifs.

Sur la première question, la Cour de Nancy décide que par elle-même la séparation de corps atteste des torts de la part de celui des époux qui l'a rendue nécessaire, qu'elle établit une espèce d'indignité et ne permet pas qu'on laisse cet époux jouir d'un avantage qu'il tiendrait de son conjoint vis-à-vis duquel il se serait rendu coupable. Cette première donnée ne peut qu'être approuvée.

Dans l'ancienne jurisprudence, la séparation de corps agissait en ce sens. « La femme, disait-on, ne peut pas demander ses avantages nuptiaux lorsqu'elle a commis adultère, soit qu'à cause dudit adultère, par sentence du juge ecclésiastique, elle ait été séparée de son mari, ou bien qu'elle s'en soit séparée volontairement et sans sentence, et ici a lieu ce proverbe : *au mal coucher la femme perd son douaire.* » (*V.* Despeisses, tit. 15, *du mariage*, sect. 5, n° 23.) Les auteurs, généralisant cette opinion, avaient admis que tout avantage porté par le contrat de mariage, cet avantage fût-il même réciproque, était perdu pour l'époux qui s'était mis dans le cas de rendre la séparation nécessaire : il y avait à cet égard une telle unanimité dans la doctrine et dans la jurisprudence, que cette décision avait acquis, en quelque sorte, l'autorité de la loi. (*V.* Bourjon, *des donat.*, ch. 1, sect. 1, n° 2; Duplessis, *ibid.*, liv. II, ch. 3, sect. 2; Domat, t. I, p. 107; Duparc-Poullain, t. VII, p. 12.) Or la séparation n'est pas une création nouvelle du Code Napoléon; elle y est précisément ce qu'elle fut autrefois: il suffit pour s'en convaincre d'interroger la loi dans les éléments qui en ont préparé la rédaction. A toutes les phases de la discussion, la séparation de corps est présentée comme la *restauration* et le *rétablissement* d'un système que les lois révolutionnaires avaient supprimé, mais qui avait été mis en pratique pendant des siècles, qui était encore en vigueur dix

Digitized by Google

années à peine avant la rédaction du Code, et non pas comme l'établissement d'un principe nouveau imaginé par ses rédacteurs. Donc la séparation a dû passer dans la loi nouvelle avec les effets que l'ancienne législation lui avait attribués, et notamment, avec son effet le plus équitable, la révocation des avantages faits à l'époux contre lequel elle serait prononcée. D'ailleurs, il y a mieux ici qu'une simple induction : bien loin d'avoir abrogé le principe de l'ancienne jurisprudence, les rédacteurs du Code se le sont approprié par l'article 299 où il est dit : « Pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas de consentement mutuel, l'époux, contre lequel il aura été admis, perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. »

A la vérité nombre d'auteurs ont soutenu et la jurisprudence a longtemps décidé que cet article, tout spécial au cas de divorce, ne devait pas être étendu au cas de séparation de corps. Mais dès l'année 1845, la Cour de cassation a répudié cette doctrine (arrêt du 23 mai 1845, *J. P.*, 1845, 1, 625) : depuis, elle a invariablement persisté dans son nouveau sentiment (arrêts du 17 juin 1845, 26 mai 1846, 12 fév. et 15 avril 1849). Et pourquoi en eût-il été autrement? Est-ce, comme on l'avait d'abord prétendu, parce que la disposition de l'article 299 est fondée sur la dissolution du lien conjugal, et partant que la révocation prononcée par cet article ne doit pas être appliquée à la séparation de corps qui ne fait que relâcher ce lien? Mais le texte même résiste à cette supposition. D'une part, en effet, la révocation n'atteint que l'époux contre lequel le divorce est prononcé; ainsi l'autre époux, s'il est avantagé, conserve son avantage. Et cependant le lien conjugal est dissous pour l'un aussi bien que pour l'autre! D'une autre part, la loi réservait expressément le cas où le divorce avait eu lieu par consentement mutuel; les avantages faits à l'un ou à l'autre époux n'étaient révoqués, dans ce cas, ni pour l'un ni pour l'autre. Et cependant le divorce par consentement mutuel avait pour effet, aussi bien que le divorce pour cause déterminée, de dissoudre le mariage! — Il faut donc chercher ailleurs la cause de l'article 299.

Or, cette cause, c'est l'ingratitude ou l'inexécution des

Digitized by Google

conditions de la part de l'époux qui avait encouru le divorce. Par là seulement s'expliquent à la fois la règle et l'exception contenues dans le texte; car sauf le cas de divorce pour consentement mutuel, où l'accord des époux était exclusif de tout manquement coupable, toutes les causes qui donnaient lieu au divorce supposent, de la part de l'époux avantagé contre lequel il était prononcé, soit l'ingratitude, soit l'inexécution des conditions du contrat. Ainsi, lorsque le divorce était prononcé pour cause d'adultère, d'excès, de sévices ou d'injures (art. 229, 230 et 231), l'époux qui avait succombé était coupable vis-à-vis de son conjoint; et lorsque le divorce avait pour cause une condamnation infamante (art. 232), l'époux condamné pouvait n'avoir pas été coupable sans doute de la même manière, mais il s'était mis, par son fait, dans la position de ne pouvoir remplir, vis-à-vis de son conjoint, les devoirs de cohabitation ou de protection qui sont les conditions du mariage. Voilà les motifs réels de la révocation prononcée par l'article 299; et encore une fois, on ne peut se le dissimuler, ils donnent bien plus exactement que ne le fait la prétendue cause de la dissolution du mariage une explication satisfaisante et complète de la disposition complexe de la loi.

Cela étant, la conclusion se déduit d'elle-même. Si la déchéance des avantages faits, soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté, a pour cause l'ingratitude ou l'inexécution des conditions de la part de l'époux qui avait rendu le divorce nécessaire, on ne comprendrait pas que cette déchéance ne fût pas encourue aussi par l'époux qui s'exposerait aujourd'hui à la séparation de corps. L'époux qui donne lieu à la séparation de corps aurait-il mieux rempli les conditions du contrat que celui contre lequel aurait été formée une demande en divorce? Aurait-il mieux obéi au devoir de la reconnaissance? Et comment le prétendre? La demande en divorce et la demande en séparation de corps procèdent l'une et l'autre des mêmes causes; et dès lors un sentiment de morale et de justice concourt ici avec cette loi de logique et de raison qui ne permet pas d'assigner à des causes identiques des effets différents.

Ces considérations que nous avons eu l'occasion de développer

Digitized by Google

ailleurs[1] expliquent suffisamment et justifient la solution générale qui sert de base à l'arrêt de la Cour de Nancy, à savoir : l'extension de l'article 299 et son application du cas de divorce à celui de séparation de corps.

3. Mais cet article étant ainsi applicable à la séparation de corps aussi bien qu'au divorce, il restait à savoir s'il entend parler non-seulement des libéralités entre vifs, mais encore des libéralités testamentaires, et partant s'il y avait lieu de le prendre pour règle dans l'espèce qui se présentait devant la Cour de Nancy, où la séparation de corps avait été prononcée contre un mari que sa femme avait institué légataire universel.

La raison de douter peut s'induire ici d'abord des termes mêmes de la loi. L'article 299 parle de l'*avantage* fait à l'époux contre lequel le divorce a été admis. Or un avantage, dans le sens de la loi, c'est un droit acquis, une libéralité assurée; ce ne saurait être cette espérance, cette éventualité toute incertaine qui s'attachent à un testament. — La raison de douter peut se tirer encore de la nature même et des effets propres aux dispositions à titre gratuit. Que le législateur intervienne dans le cas de donation entre vifs, cela se comprend à merveille. Le donateur s'est irrévocablement dépouillé; sa volonté serait désormais impuissante, quelle que fût l'ingratitude du donataire : la loi devait donc venir à son secours et le délier. Mais le testament est incessamment révocable; le testateur, si le légataire vient à démériter, peut à tout instant retirer son bienfait. Pourquoi donc la loi interviendrait-elle? N'y aurait-il même pas du danger à la faire intervenir? En effet, lorsque le testateur est mort sans que des faits d'ingratitude l'aient amené à une révocation qu'il peut faire toujours, et si facilement, la présomption est que, pardonnant à l'ingrat, il a persisté dans la volonté de donner. Or la révocation de plein droit, la révocation par la seule force de la loi, irait directement contre cette présomption, puisqu'elle ne pourrait avoir pour base que la supposition d'un changement de volonté.

La Cour de Nancy ne s'est pas arrêtée, néanmoins, à ces con-

[1] *Revue de législation*, année 1845, t. III, p. 90 et suiv.; *V.* aussi la *Revue de droit français et étranger*, année 1844, p. 339 et suiv., et notre *Traité du contrat de mariage*, t. II, n° 296.

Digitized by Google

sidérations, et avec grande raison ce nous semble. Avant la Cour de Nancy, la Cour suprême les avait rejetées, le 5 décembre 1849, en complétant la doctrine de ses précédents arrêts, et en jugeant sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Nicias Gaillard, que les dispositions de l'article 299 sont générales et comprennent aussi bien les libéralités faites par testament que celles provenant de donations entre-vifs. (V. *J. P.*, 1850, 1, 5). Nous ne saurions mieux faire qu'emprunter à ces conclusions si remarquables dans lesquelles la question est épuisée, quelques-unes des considérations devant lesquelles tombent les principales objections dirigées contre cette application spéciale de la jurisprudence fondée par l'arrêt du 23 mai 1845.

Quant à l'argument de texte pris du mot *avantage* employé par l'article 299, nous dirons, avec M. Nicias Gaillard, qu'il n'est que spécieux. « Il n'y a rien dans cette expression qui ne convienne aux legs aussi bien qu'aux donations proprement dites. On ne voit pas même quelle autre forme de langage le législateur eût pu préférer pour l'appliquer à la fois aux deux modes de dispositions. Quoiqu'il ne doive recevoir son exécution qu'à la mort du testateur, en fait le testament existe dès que le testateur l'a écrit ou fait écrire. Révocable ou non, qu'importe? Pour être révocable, il faut d'abord qu'il soit. De même, secret ou public, connu ou non du légataire, cela est indifférent à son existence matérielle. — Un testament est un acte dès sa naissance, quoiqu'il ne doive être que plus tard un acte utile. Il est donc dès lors, et l'on peut dire aussi de l'avantage qui y est contenu qu'il est fait, comme le testament lui-même, nonobstant les chances incertaines de l'avenir. Le testateur aura le droit sans doute de le révoquer, c'est-à-dire de le défaire; mais cela même prouve qu'il est fait.... »

En second lieu, ce qui prouve que la révocabilité du testament ne saurait le soustraire à la révocation de plein droit établie par l'article 299, c'est cet article 299 lui-même. Ce qu'il déclare révoqué par le seul effet du divorce, ce n'est pas seulement l'avantage fait par contrat de mariage à l'époux contre lequel le divorce est admis, c'est aussi l'avantage fait à cet époux par son conjoint *depuis le mariage contracté*. Or ce dernier avantage

Digitized by Google

n'est pas moins que le testament, toujours révocable à la volonté du donateur; et si cependant, nonobstant cette révocabilité, l'avantage ainsi fait est, dans les termes de la loi, sujet à la révocation de plein droit que produit le divorce, on ne comprendrait pas comment cette même révocabilité facultative de la part du testateur pourrait avoir pour effet de soustraire le testament à la règle de la révocation de plein droit.

Et d'ailleurs, est-ce que la cause même sur laquelle repose l'article 299 ne commande pas l'application la plus large de cet article? Cette cause, nous l'avons établi plus haut, c'est l'ingratitude ou l'inexécution des conditions de la libéralité. Or, en quoi cette cause s'applique-t-elle moins à un légataire qu'à un donataire? Est-ce que le testateur n'a pas droit aussi à la reconnaissance de celui qu'il gratifie en mourant? Cette reconnaissance était comme une condition tacite du legs; et si le légataire y manque, il se place au rang des ingrats et mérite d'être traité comme eux. — Et vainement on dit que la loi n'avait pas ici à prendre l'initiative. En fait, la loi l'a prise, et c'est en cela que la disposition de l'article 299 a été complétement digne de la sagesse du législateur. « Il y a dans l'initiative que prend ici la loi, disait M. Nicias Gaillard en terminant son étude savante, une vue très-juste et un soin charitable de l'une de nos plus grandes faiblesses : je veux parler de l'oubli, qui émousse et finit par effacer nos impressions, même les plus vives, et de cette tendance à toujours remettre au lendemain, qui est cause que presque toujours la mort nous surprend..... L'homme, nous dit la loi, n'est que changement et inconstance; il n'est de même que négligence et oubli!.... Certes la loi ne nous a pas fait injure en nous supposant de telles erreurs ou de telles faiblesses. Il n'y a pas excès de prudence de sa part à vouloir nous en garantir. — Mais surtout il était digne de la loi d'intervenir dans d'aussi graves intérêts. Faite par le testateur, la révocation semblerait n'être qu'un acte de vengeance privée, tout au plus une mesure de discipline domestique; quand c'est la loi qui la prononce, elle prend le caractère et s'élève à la dignité d'un châtiment public. La peine alors devient exemplaire, et la réprobation tombe de plus haut sur l'ingrat. »

Digitized by Google

4. — (PARIS, 3 JANV. 1851; *Dall.*, 52, 2, 247.) — La communauté d'acquêts, l'une des stipulations que l'on rencontre le plus fréquemment dans les contrats de mariage, est cependant l'une de celles dont le législateur semble s'être le moins occupé. Deux articles seulement lui sont consacrés dans le titre du contrat de mariage (*V.* art. 1498 et 1499, *C. Nap.*) : aussi voit-on que la doctrine et la jurisprudence se sont attachées à compléter la législation en empruntant des dispositions spéciales à d'autres clauses qui, virtuellement renfermées dans la société d'acquêts, ont par cela même paru rendre applicables à cette société les dispositions dont elles ont été l'objet.

Voici une espèce dans laquelle la Cour de Paris a eu à recourir, pour la solution des questions qui lui étaient soumises, à des dispositions législatives prises en dehors de celles qui régissent la communauté d'acquêts.

Des époux avaient stipulé, en se mariant, qu'ils excluaient de la communauté et déclaraient propre à chacun d'eux tout ce qui leur appartenait au moment du mariage ou leur adviendrait par succession, donation ou autrement, tant en meubles qu'immeubles. — Au cours du mariage, il fut souscrit au profit de l'épouse un billet de 1,800 fr. pour prix de pareille somme que celle-ci aurait prêtée, avant son mariage, au souscripteur du billet. — Plus tard et par acte notarié, le mari a cédé, sans le consentement de sa femme, cette créance de 1,800 fr. à un tiers. La femme a demandé contre ce tiers la nullité de la cession. La Cour de Paris a eu à décider si cette action était fondée; et pour cela, elle a eu à statuer sur trois exceptions qui étaient opposées : l'une, que la stipulation du contrat de mariage n'impliquait pas l'établissement d'une communauté réduite aux acquêts; l'autre, qu'en supposant même l'établissement d'une communauté d'acquêts, la créance dont s'agit devait être réputée, au moins vis-à-vis d'un tiers, un acquêt de communauté dans les termes de l'article 1499, puisqu'il n'était produit ni inventaire ni état constatant que la créance fût antérieure au mariage; la troisième, enfin, que, dans tous les cas, et la créance fût-elle un propre, le mari avait eu le droit d'en disposer.

De ces trois exceptions, la première ne présentait pas une

Digitized by Google

difficulté sérieuse. La doctrine et la jurisprudence ont fait justice dès longtemps de cette opinion si manifestement erronée de MM. Merlin, v° *Réalisation*, § 1, n° 2, et Toullier, t. XIII, n° 317, d'après lesquels la communauté d'acquêts ne saurait résulter que d'une formule négative et exclusive comme celle-ci : « il *n'y aura* entre les époux *qu'une* communauté d'acquêts, » et qui enseignent que même la stipulation de communauté d'acquêts ne produirait pas d'effet sans cette conjonction *ne que*. L'intention des parties, lorsqu'elle apparaît clairement, est la règle décisive et la loi qu'il faut suivre dans les contrats de mariage. Or cette intention semble se révéler d'elle-même dans la stipulation qu'il y aura entre les époux société d'acquêts ou dans tout autre qui circonscrit forcément l'association dans la mesure même où elle serait circonscrite si les époux avaient expressément déclaré qu'il *n'y aurait qu'une* société d'acquêts; et l'on n'aperçoit vraiment pas ce que peut ajouter à la manifestation de l'intention l'emploi de deux particules formellement exclusives. Ajoutons que la loi ne s'occupe, dans aucune des dispositions qui se rapportent à la communauté d'acquêts, de régler la forme dans laquelle cette communauté restreinte doit être stipulée, c'est-à-dire qu'elle repousse la nécessité d'une formule sacramentelle, nécessité qu'on est d'autant plus porté à repousser, en cette matière, que toute formule sacramentelle est, en soi, incompatible avec cette latitude indéfinie que l'article 1387 du Code Napoléon donne aux époux de régler leur association conjugale par telle convention qu'ils jugent à propos. C'est l'opinion que nous avons soutenue dans notre *Traité du contrat de mariage*, t. II, n° 17; elle est admise sans difficulté en doctrine et en jurisprudence (*V.* les autorités que nous avons citées; *add.* MM. Odier, t. II, n° 683; Troplong, t. III, n° 1855; Marcadé, art. 1499, n° 1). La Cour de Paris a donc pu juger, ainsi qu'elle l'a fait, qu'en excluant de la communauté et déclarant propre à chacun d'eux ce qui leur appartenait au moment du mariage ou leur adviendrait par succession, donation ou autrement, tant en meubles qu'immeubles, les époux, dans l'espèce, s'étaient par cela même placés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts.

Digitized by Google

5. La seconde question présentait plus de difficulté. C'est déjà un point très-controversé en doctrine, de savoir si, même entre les époux, la présomption d'acquêt résultant du défaut d'inventaire peut être détruite, *relativement au mobilier que les époux possédaient au moment du mariage*, par d'autres actes ou par la preuve testimoniale et même par la commune renommée. La majorité des auteurs se prononce pour la négative. «La preuve testimoniale, dit M. Marcadé, sur l'article 1499, n° 3, n'est permise par exception qu'à ceux qui n'ont pas pu se procurer une preuve écrite; or si la femme, pendant le mariage, est dans l'impossibilité de faire inventorier le mobilier qui lui échoit, il est clair qu'avant le mariage aucune impossibilité de ce genre n'existe ni pour la femme ni pour le mari, et que rien ne les empêche de faire dresser, à défaut d'un état en bonne forme, l'inventaire exigé par l'article 1499. Ainsi, en permettant exceptionnellement à la femme, mais à la femme seulement, de faire preuve par la commune renommée, l'article 1504 a soin de ne le permettre que pour le mobilier échu pendant le mariage, et le code, soit dans cet article, soit partout ailleurs, se garde bien d'en dire autant du mobilier existant lors de la célébration. On reste donc soumis pour celui-ci à la règle de l'article 1499, exigeant la confection de l'inventaire, règle qui n'est d'ailleurs que l'application des principes généraux..... » (*V.* en ce sens MM. Duranton, t. XV, n°s 16 et suiv.; Bellot, t. III, p. 27 et suiv.; Zachariæ, t. III, p. 512, note 11; Taulier, t. V, p. 179; Mourlon, 3e *Examen*, p. 78).

Nous sommes, cependant, d'un avis différent. Il était sans difficulté, sous l'ancienne jurisprudence, que les époux pussent, du moins vis-à-vis l'un de l'autre, suppléer au défaut d'inventaire, même pour le mobilier qui leur appartenait au moment du mariage. Comme nous l'avons dit dans notre *Traité du contrat de Mariage*, t. II, n° 48, nous ne croyons pas que la loi nouvelle ait voulu s'écarter de cette solution équitable, et que, plus indifférente que notre ancien droit au maintien des conventions matrimoniales, elle ait entendu condamner les époux, sur le seul fondement du défaut d'inventaire, à voir demeurer sans effet des clauses loyalement arrêtées entre eux et dont des preuves

Digitized by Google

ou des actes certains pourraient assurer la complète réalisation. Et cette doctrine, admise par quelques auteurs (*V.* MM. Maleville, t. III, p. 351, et Battur, t. II, n° 367) et consacrée par la jurisprudence (*V.* l'arrêt de la Cour de cassation du 17 août 1825), a été récemment adoptée par M. Troplong (*V.* t. III, n° 1882).

Mais il faut remarquer que la difficulté, dans l'espèce, ne s'agitait pas entre les époux : c'était un tiers qui contestait, vis-à-vis de la femme, la qualité de propre d'une créance non inventoriée ni décrite dans un état détaillé. Or, dans le rapport des époux avec les tiers, le droit de suppléer au défaut d'inventaire est bien plus contestable. C'est à ce point que M. Troplong qui, dans l'hypothèse précédente, ne fait aucune difficulté d'admettre que l'article 1499 est purement énonciatif, dit d'une manière générale dans celle-ci : « Le défaut d'inventaire a laissé croire aux tiers que tout appartenait à la société d'acquêts; il ne faut pas que l'époux puisse renverser légèrement des espérances qui se sont fondées sur cette omission. C'est tant pis pour lui s'il n'a pas satisfait aux précautions de la loi. Argum. de l'art. 1510. » (*V.* n° 1883.)

C'est aussi notre avis (*V.* notre *Traité du contrat de Mariage*, t. II, n° 49). Toutefois, en répudiant un rigorisme exagéré dont les besoins de la pratique ne sauraient s'accommoder en droit, nous avons admis qu'il y aurait lieu de faire exception toutes les fois qu'une constatation susceptible par sa nature, autant qu'un inventaire ou qu'un état en bonne forme antérieur au mariage, d'éloigner la pensée d'une surprise ou d'une fraude de la part des époux, viendrait justifier la distinction réclamée par l'un d'eux en établissant d'une manière certaine, irrécusable, la qualité de propre dans un objet mobilier qui n'aurait pas été inventorié. C'est ainsi qu'un arrêt a décidé que le fonds de commerce apporté en dot par la femme et désigné dans le contrat de mariage reste propre à la femme sans pouvoir servir de gage aux créanciers personnels du mari, bien que ce fonds n'ait point été constaté par inventaire ou état en bonne forme, s'il n'a pas d'ailleurs changé de nature. (*V.* Paris, 23 fév. 1835; *V.* encore, Rouen, 25 août 1825, et M. Massé, *Droit commercial*, t. III, n° 356.)

Digitized by Google

Par cela même, on comprend que la Cour de Paris ait pu juger, comme elle l'a fait dans l'espèce sur laquelle est intervenu l'arrêt du 3 janvier 1852, que la créance dont il s'agissait était un propre de la femme comme lui ayant appartenu dès avant le contrat de mariage qui avait établi la société d'acquêts. En effet, le billet souscrit au profit de la femme prouvait par son contexte même que la femme était propriétaire; et de plus il y avait cette circonstance, constatée par l'arrêt, que la créance n'avait pu être transmise à un tiers sans que celui-ci connût qu'elle était un propre de la femme. En pareille occurence, la Cour pouvait assurément juger que la preuve résultant du titre lui-même équivalait à l'inventaire ou à l'état exigé par l'article 1499, C. Nap., et devait produire les mêmes effets.

6. Mais ceci reconnu, la créance avait-elle été valablement cédée par le mari sans le consentement de la femme, à qui elle appartenait en propre? C'était le troisième point à résoudre, et ce n'était pas le moins délicat. — La validité de l'aliénation est soutenue par des auteurs qui, sur l'autorité de l'article 1428, qu'ils font passer du régime de la communauté légale à celui de la communauté conventionnelle, enseignent que le mari peut, dans tous les cas, disposer seul du mobilier personnel de la femme, puisque, disent-ils, cet article accorde au mari l'exercice des actions mobilières et possessoires de la femme, et que d'un autre côté il prohibe l'aliénation seulement des immeubles personnels de celle-ci sans son consentement. (*V.* MM. Delvincourt, t. III; Merlin, v° *Réalisation*, § 1, n° 4; Troplong, t. III, n°s 1936 et suiv.); et la Cour de Paris était d'abord entrée dans cette voie par trois arrêts, en date des 21 janvier, 15 avril et 11 mai 1837.

Cependant, cette Cour n'a pas persisté dans sa doctrine. Deux ans après l'avoir consacrée, le 15 février 1839, elle a jugé, par un nouvel arrêt, vainement déféré à la Cour de cassation, que le mari, comme maître de la communauté, n'a pas le droit d'aliéner seul et sans le concours de la femme le mobilier que celle-ci a exclu de la communauté, et que surtout il en est ainsi des choses non fongibles telles qu'une créance (*V.* l'arrêt de rejet du 2 juillet 1840).

Digitized by Google

L'arrêt récent du 3 janvier 1852 a pleinement suivi cette dernière donnée. C'est la meilleure, à notre avis. Dans le système de la communauté réduite aux acquêts, les époux, comme nous avons cherché à l'établir dans notre *Traité du contrat de mariage*, t. II, n°s 51 et suiv., demeurent propriétaires *in specie* des objets mobiliers qu'ils possédaient au jour du mariage ou qui viennent à leur échoir pendant le cours de la communauté, à moins qu'il ne s'agisse soit de choses fongibles et destinées à être vendues, soit de choses livrées au mari sur estimation, cas auxquels les meubles tombent dans la communauté, sauf un droit de créance à celui des époux qui en était propriétaire. Le droit d'aliénation du mari, par rapport aux propres de la femme, se résout par les mêmes distinctions. Ce droit est entier s'il s'agit de choses fongibles ou de choses livrées sur estimation, et la femme n'a qu'une action en répétition de la valeur; au contraire, le droit est paralysé par la nécessité pour le mari d'obtenir le consentement de la femme, s'il s'agit de choses non fongibles ou de choses non estimées, puisque la femme en est demeurée propriétaire *in specie*. L'article 1428 d'où l'on ferait découler, en faveur du mari, un droit d'aliénation sans réserve, n'est rien moins que décisif en ce sens. D'une part, en effet, de ce que le mari, d'après cet article, a l'exercice des actions mobilières de la femme, il ne s'ensuit en aucune manière qu'il ait aussi le droit de vendre seul et de sa seule autorité l'objet ou le résultat de cette action mise en mouvement. Seulement la loi suppose que le mari recevra les capitaux exigibles, et qu'en administrateur soigneux et éclairé, il en fera, dans l'intérêt de la femme, un bon placement. D'une autre part, si l'article 1428, en interdisant au mari le droit d'aliéner sans le concours de la femme, ne parle que des immeubles, c'est uniquement parce que cet article a pour objet le système de la communauté légale, système dans lequel les meubles tombent dans la communauté (art. 1401) et rentrent, par conséquent, dans la disposition générale de l'article 1421 qui permet au mari de vendre, aliéner, hypothéquer, sans le concours de la femme, tous les biens de la communauté. Mais l'article 1421 ne donne pas au mari le droit de vendre seul les meubles qui appartiennent en propre à celle-ci

Digitized by Google

et qui ont été exclus de la communauté.... C'est donc à bon droit que la Cour de Paris a refusé de valider l'aliénation d'un propre fait par le mari sans le concours de la femme. — *V.* en ce sens MM. Toullier, t. XIII, n° 326; Duranton, t. XIV, n° 318; Odier, t. I, n° 278, et t. II, n° 728; Marcadé, art. 1428, n° 2, et notre *Traité du contrat de Mariage*, t. II, n° 53.

7. — (GRENOBLE, 11 JUIN 1851; *J. P.*, 1852, 2, 495.) — L'inaliénabilité forme le caractère distinctif du régime dotal. « C'est à l'*impossibilité absolue* d'aliéner le fonds dotal, comme le disait le tribun Duveyrier, que la pratique du régime qui établit cette impossibilité attacha la conservation des biens, l'assurance des hérédités directes, la fortune des enfants, la prospérité des familles et le lustre social. » A l'impossibilité absolue : donc toute convention qui impliquerait aliénation, directe ou indirecte, de la dot, doit être rigoureusement interdite. Ainsi, non-seulement les biens dotaux ne peuvent être aliénés, mais ils ne peuvent être saisis pour des obligations contractées par les époux durant le mariage; non-seulement ils ne peuvent pas être grevés d'hypothèques, mais encore il n'y peut être établi aucune ervitude conventionnelle; non-seulement ils ne peuvent être vendus, mais encore ils ne peuvent être donnés à bail pour une durée excédant les limites posées par les articles 1429 et 1430 du Code Napoléon. — Peuvent-ils cependant devenir l'objet d'une institution contractuelle? La Cour de Grenoble se prononce affirmativement dans l'arrêt précité que rapporte le *Journal du Palais*. Cette Cour décide qu'en l'absence d'une disposition législative qui enlève à la femme, même dotale, la faculté que l'article 1082, C. Nap., accorde à tout individu ayant l'exercice de ses droits de faire une institution contractuelle, la femme mariée sous le régime dotal peut disposer de ses biens dotaux par cette voie.

En ceci, nous devons le reconnaître, la décision est conforme au sentiment de la majorité des auteurs. M. Troplong, qui résume à cet égard l'opinion de ses devanciers, s'exprime en ces termes : « Comme l'institution contractuelle n'est qu'un testament irrévocable, je ne comprends pas les scrupules exagérés de l'opinion contraire. La femme ne se prive d'aucun des avantages de sa dot;

Digitized by Google

elle en jouit jusqu'à sa mort; elle n'en enlève pas la possession à son mari. Devient-elle veuve et veut-elle se remarier pour trouver dans une union nouvelle des enfants que son premier mariage ne lui a pas donnés? Elle le peut, car elle apportera à son second mari tous les bénéfices matériels de la chose; de plus, si ses vœux se réalisent et si elle a des enfants, cette survenance fera évanouir la donation contractuelle. Il ne faut donc pas exagérer la prohibition d'aliéner consacrée par l'article 1554. Sans doute, toute aliénation qui fait tort au ménage, qui lui enlève ses ressources, qui nuit à l'établissement des enfants, doit être sévèrement critiquée et annulée. Mais pourquoi s'effaroucher d'une aliénation qui n'a d'effet qu'après la mort de la femme, qui pendant le mariage laisse les choses intactes, qui ne nuit à personne et n'est destinée à porter que sur les biens qui auront perdu l'empreinte de la dotalité? » (*V.* t. IV, n° 3272. — *V.* encore dans ce sens MM. Grenier, *des Donat.*, t. II, p. 49 et suiv.; Guillon, *ibid.*, n° 950; Delvincourt, t. II, p. 639, notes; Duranton, t. IX, n° 724; Vazeille, art. 1082, n° 16; Tessier, *Traité de la Dot*, t. I, p. 310, note 507.)

Nous ne saurions, toutefois, partager cet avis. Il repose, on le voit, sur une assimilation à peu près absolue de l'institution contractuelle au legs ou à l'ancienne donation à cause de mort. Et nous concevons que si ce point de vue était exact, il n'y aurait pas de doute possible. En effet, l'inaliénabilité n'existe et n'a de résultat que pendant la durée du mariage; elle s'évanouit aussitôt que le mariage est dissous. En partant de cette idée qu'il formulait au Conseil d'État, M. Portalis en tirait cette conséquence, sans que personne ait songé à la contredire ou à la relever, « que l'inaliénabilité laisse à la femme la faculté de disposer de sa dot par testament, parce qu'alors la donation n'a d'effets que dans un temps où le mari n'a plus aucun droit aux fruits. » (*V.* M. Locré, t. XIII, p. 207.) Ainsi donc, cela n'est pas douteux, si l'institution contractuelle, au point de vue qui nous occupe, n'est ni plus ni moins que le legs ou l'ancienne donation à cause de mort, la femme peut disposer de sa dot par voie d'institution contractuelle, comme elle en peut disposer par voie de testament : c'est l'avis qui tendait à prévaloir dans l'ancienne jurisprudence.

Digitized by Google

(*V.* Chabrol, *Coutume d'Auvergne*, ch. 14, art. 3, et Roussillhe, t. 1, n° 394.)

Mais ce que nous contestons, c'est précisément cette assimilation de l'institution contractuelle au legs. Et d'abord, la femme, en supposant qu'elle ait la faculté de disposer de sa dot par institution contractuelle, pourrait-elle le faire même sans l'autorisation de son mari ou de la justice? M. Troplong ne nous le dit pas; mais tous les auteurs, même ceux dont il partage la doctrine, sur la question dont il s'agit ici, enseignent que l'autorisation serait indispensable (*V.* les auteurs ci-devant cités : *adde*, MM. Dalloz, v° *Disp. entre-vifs et test.*, ch. 11, sect. 2, n° 8; Poujol, art. 1083, n° 6; Coin-Delisle, art. 1082, n° 11); il n'y a d'exception que pour M. Grenier qui, cédant on ne sait à quelle préoccupation, a abandonné cette opinion après l'avoir soutenue dans les deux premières éditions de son ouvrage. Mais pourquoi l'autorisation, si l'institution contractuelle doit être assimilée au legs? L'institution étant ainsi envisagée, l'autorisation ne devrait pas être requise; car, aux termes de l'article 226 du Code Napoléon, « la femme peut tester sans l'autorisation de son mari. » Il y a donc inconséquence à dire d'une part que la femme peut disposer de sa dot par voie d'institution contractuelle au même titre qu'elle en peut disposer par testament, et d'une autre part à dire que, cependant, elle ne peut faire de sa dot l'objet d'une institution contractuelle sans y être autorisée. Qu'ils s'en doutent ou non, les auteurs renversent d'une main, dans ce seul rapprochement, l'analogie qu'ils ont élevée de l'autre. — Ajoutons maintenant que cette analogie est trompeuse entre toutes.

L'institution contractuelle, au point de vue qui nous occupe, à raison de son irrévocabilité, est assurément plus voisine de la donation entre-vifs que du legs. Sans doute, l'instituant demeure toujours en possession du droit d'aliéner à titre onéreux; mais il ne peut plus disposer à titre gratuit : et cette impossibilité, rapprochée des conséquences qui y sont invinciblement attachées, suffit pour qu'appliquée à des biens dotaux par une femme mariée sous le régime dotal, l'institution contractuelle tombe comme un acte contraire au principe d'inaliénabilité posé dans l'article 1554 du Code Napoléon.

Digitized by Google

Et, en effet, dans quel intérêt cette inaliénabilité est-elle établie? Dans le triple intérêt du mari, de la femme et des enfants. Or il n'est pas un seul de ces intérêts qui ne puisse être froissé et compromis par l'institution contractuelle. Quant aux enfants, on comprendrait à peine que cela pût être mis en doute. « La femme mariée sous le régime dotal, disent très-bien MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 506, pouvant, lorsqu'elle y a été dûment autorisée, aliéner ses immeubles dotaux pour l'établissement de ses enfants, la question ne peut réellement se présenter qu'autant qu'il s'agit d'une institution contractuelle faite au profit d'un étranger. Et comme l'inaliénabilité est aussi bien établie dans l'intérêt des enfants que dans celui de la femme, ce serait aller directement contre l'esprit de la loi que de permettre à cette dernière de s'enlever, par une institution contractuelle faite en faveur d'un étranger, le droit de disposer au profit de ses enfants. » Quant au mari, l'intérêt est le même, en ce que la femme, irrévocablement dépouillée qu'elle est, au moins quant au droit de disposer à titre gratuit, ne pourra plus lui donner ou léguer des biens dont elle aurait disposé contractuellement. Enfin, quant à la femme elle-même, elle pourra être lésée, si elle vient à survivre à son mari : assurément, dans ce cas, elle rencontrera plus de difficulté pour se remarier, bien qu'elle ait, comme le dit M. Troplong, tous les bénéfices matériels de la chose, que si elle avait la chose elle-même dans son domaine plein et entier. — Nous persistons donc à penser, comme nous l'avons soutenu dans notre *Traité du contrat de mariage*, t. II, n° 491, que l'institution contractuelle des biens dotaux est inadmissible. Ainsi ont jugé les Cours de Nîmes, le 18 février 1834, et de Caen, le 16 août 1842 (*J. P.*, 1843, 1, 372; Devillen., 43, 2, 74), et malgré les opinions dissidentes, il nous paraît que cette dernière décision, plus que celle de la Cour de Grenoble, est appelée à faire autorité.

8. — (Rej., 10 nov. 1852; *Dall.*, 52, 1, 307.) — Parmi les difficultés sérieuses et essentiellement pratiques que présentent les dispositions combinées du titre des *successions* et du titre des *donations*, il en est une que la Cour de cassation semblait avoir voulu d'abord éviter de résoudre, c'est celle de savoir si une libéralité indirecte ou déguisée est nécessairement censée faite par

Digitized by Google

préciput et hors part, ou bien si elle est soumise au rapport, comme y serait assujettie toute donation patente et directe qui n'en aurait pas été formellement dispensée. Cependant, en présence d'un texte positif comme celui de l'article 843 du Code Napoléon, qui dispose de la manière la plus générale et prescrit le rapport, pour les donations indirectes comme pour les donations directes, il semble qu'on ne doit pas hésiter. Pour notre part, nous avons toujours considéré comme peu susceptible de justification, en droit, une doctrine d'après laquelle les donations déguisées, dont la validité même a été longtemps contestée, seraient non-seulement appelées à produire autant d'effet que les donations directes et patentes, mais encore traitées avec plus de faveur que celles-ci [1]. Aussi avions-nous pensé que si la question venait à se poser enfin devant la Cour suprême en des termes qui ne permissent pas de l'éluder, cette Cour n'hésiterait pas à refuser l'appui de son autorité à un système qui s'accorde mal, il faut le dire, avec cette égalité des partages qui est la pensée dominante de la loi en matière de succession. Et en effet, appelée à se prononcer directement, à plusieurs reprises, de 1841 à 1844, la Cour de cassation a reconnu, dans une série d'arrêts, dont le nombre même atteste la portée pratique de la question, que les donations déguisées faites à un successible ne sont pas présumées faites avec dispense de rapport; qu'il en est ainsi de dons manuels et occultes; mais que la dispense peut résulter de la volonté du donateur, volonté dont l'appréciation appartient souverainement aux juges du fond (C. de cass., 3 août 1841, 20 mars 1843, 20 décembre 1843, 19 août 1844; *V.* ces arrêts à leur date, dans la collection du *Journal du Palais; V.* aussi Devilleneuve, 41, 1, 621; 43, 1, 451; 44, 1, 13; 45, 1, 42; et Dalloz, 41, 1, 334; 43, 1, 145; 44, 1, 118 et 395).

L'arrêt du 10 novembre 1852, que nous relevons aujourd'hui dans le Recueil de M. Dalloz, reproduit et confirme cette doctrine dans toutes ses parties. Comme en 1841, 1843 et 1844, la Cour

[1] L'auteur de cet article a développé cette opinion dans une dissertation à laquelle M. Devilleneuve a bien voulu accorder la publicité de sa collection nouvelle. *V.*, dans cette collection, la note qui accompagne un arrêt de la Cour de cassation, du 13 août 1817. *V.* aussi la *Revue de législation*, année 1845, t. I, p. 284.

Digitized by Google

de cassation a jugé, en 1852, en principe d'abord, que les libéralités déguisées ne sont pas, de plein droit, dispensées du rapport; et ensuite, comme règle d'application, que ces donations ne jouissent de la dispense, à défaut d'une déclaration expresse, qu'autant que les juges du fait reconnaissent, dans les circonstances de la cause, que l'intention claire et certaine de l'auteur de la libéralité a été de disposer par préciput et hors part.

Sans doute, le principe qui sert de base à cette solution est encore indécis dans la jurisprudence des Cours impériales; mais après les cinq arrêts de la Cour suprême qui l'ont successivement consacré, il nous paraîtrait oiseux d'y revenir ici. Nous nous bornerons donc à rappeler que l'obligation du rapport, même dans les donations déguisées, bien que contestée par des auteurs en assez grand nombre [1], se rattache cependant à notre législation coutumière [2]; et en nous référant à nos observations antérieures, conformes, d'ailleurs, à l'opinion de la majorité des auteurs [3], nous dirons que l'on ne peut méconnaître cette obligation sans aller contre la vérité des choses, sans ériger en principe des présomptions qui ne sont rien moins qu'infaillibles, sans blesser la règle fondamentale de l'égalité dont le législateur s'est constamment inspiré, enfin sans aboutir à ce résultat étrange de donner à un acte simulé des prérogatives que n'obtiendrait pas un acte direct et sincère.

Mais nous ne pensons pas que la théorie particulière par laquelle la Cour de cassation a cru devoir compléter sa doctrine, soit aussi juste ni aussi exacte, en droit, que le principe même.

[1] *V.* MM. Toullier, t. IV, n° 474; Malpel, *Des success.*, n° 266; Vazeille, art. 843, n° 5; Poujol, *ibid.*, n° 8; Conflans, *ibid.*, n° 4; Belost-Jollimont, art. 843; Massé, collect. nouv. de M. Devilleneuve, note sur Colmar, 10 déc. 1813; Marcadé, art. 851, n°s 1 et 3; Zachariæ, t. IV, p. 467 et suiv.

[2] *V.* cout. de Paris, art. 303 et 304. — *V.* aussi Pothier, *Des success.*, ch. 4, art. 2, § 2, *in princip.*; Ferrières, sur l'article 303 de la cout. glos. uniq., n° 3; Dumoulin, sur l'article 124 de l'anc. cout. et sur l'article 298 cout. du Maine; Lebrun, *Des success.*, liv. III, ch. 6, sect. 3, n°s 7 et suiv.; Coquille, *Cout. de Nivernais*, tit. des *Donat.*, sur l'article 7.

[3] *V.* nos dissertations déjà citées. *V.* aussi MM. Delaporte, *Pand. franç.*, t. III, p. 306; Chabot, *Des success.*, art. 843; Grenier, n°s 180 et 513; Merlin, *Quest.*, v° *Donation*, § 5, n° 3; Duranton, t. VII, n°s 313, 326 et suiv.; Coulon, t. III, p. 170; Proudhon, n° 2396; Duvergier sur Toullier, t. XIV, n° 474; Devilleneuve, *Jurispr. du XIXe siècle*, v° *Donation déguisée*, n° 85, et note sur l'arrêt du 20 mars 1843 (43, 1, 451).

Digitized by Google

De ce que la donation déguisée est soumise au rapport aussi bien que la donation directe, il suit nécessairement qu'il faut admettre, à l'égard de la première comme à l'égard de l'autre, la faculté pour le donateur d'exempter le donataire de cette obligation. Comment donc la volonté du donateur se manifestera-t-elle? D'après la jurisprudence de la Cour suprême, il faudrait distinguer : pour la donation directe, une déclaration explicite serait nécessaire; pour la donation déguisée, il suffirait de présomptions indépendantes du déguisement et livrées à l'appréciation des juges du fond. Pourquoi cette différence et sur quoi est-elle fondée? Il serait difficile de le dire, et en effet, aucun des arrêts qui l'ont établie n'en a donné le motif. Nous avons cherché en vain à suppléer à ce silence, et cette distinction, contre laquelle nous avons vu s'élever les objections qui ont fait rejeter le déguisement comme présomption de l'intention de dispenser du rapport, nous a paru en outre dangereuse en ce qu'elle attaque et compromet le principe même qu'il a été dans la pensée de la Cour de cassation de consacrer.

Selon l'expression de M. Troplong, rapporteur lors de l'arrêt de 1843, admettre le déguisement comme établissant la volonté du donateur de disposer hors part, c'eût été donner à un acte simulé une faveur que n'aurait pas un acte sincère. Mais n'est-ce pas précisément accorder encore cette faveur à l'acte simulé que rattacher la dispense du rapport à un fait quelconque autre que la déclaration expresse? Rattacher la dispense à une circonstance de fait quelconque, n'est-ce pas admettre une volonté *tacite* ou *présumée* qui est regardée comme insuffisante lorsqu'il s'agit d'une libéralité directe? — Le déguisement a été considéré comme inefficace encore, parce que, a-t-on dit, en l'employant, le donateur a pu se proposer toute autre chose que de dispenser du rapport; par exemple, d'éviter des jalousies et des haines entre les successibles. Mais substituez au déguisement un autre fait, une circonstance quelconque, et vous changez l'élément de la présomption sans lui donner plus de certitude. Dans cette infinie variété de combinaisons qui peuvent constituer une libéralité déguisée, à quel signe, à quel élément, à quelles circonstances les juges pourront-ils s'arrêter comme établissant péremptoirement la vo-

Digitized by Google

lonté du donateur de dispenser du rapport? Dans telle circonstance donnée, qui pourra dire qu'un fait quelconque créera, relativement à l'intention du donateur, une présomption plus certaine que le déguisement même? A côté de cette présomption, il s'en élèvera presque toujours une autre qui pourrait expliquer tout aussi bien la conduite et les actes du donateur; et, placés entre deux volontés également probables, les juges rencontreront cette incertitude et ce doute qui n'ont pas permis de voir dans le seul déguisement une dispense virtuelle de rapport.

Dans cette position, à quoi faut-il donc s'arrêter? Évidemment à une déclaration expresse du donateur, comme nous l'avons soutenu en recueillant pour le *Journal du Palais* le dernier arrêt de la Cour de cassation (1853, t I, p. 5). C'est le vœu de la loi, avons-nous dit, et la Cour de cassation nous semble l'avoir méconnu lorsqu'elle a réduit aux proportions d'une question de fait abandonnée au pouvoir souverain du juge du fond ce qui est, au même titre que la difficulté principale, une question de pur droit. Disons-le même, la Cour de cassation n'a pas été conséquente avec le principe qu'elle a posé. Sur quoi pouvait-elle se fonder, en effet, en décidant que la donation déguisée est, tout aussi bien qu'une libéralité patente, soumise à la loi du rapport? Sur l'article 843 du Code Napoléon, le seul qui pose la règle d'une manière directe et formelle. Otez cet article, et la doctrine de la Cour de cassation perd son appui le plus puissant. Que fait cependant la Cour suprême, lorsqu'en venant ensuite à statuer sur la partie subsidiaire de la question, elle estime que la dispense du rapport peut résulter de circonstances particulières autres qu'une déclaration expresse? Elle écarte précisément cet article, et paraît oublier qu'il n'est pas plus muet, relativement aux libéralités indirectes, sur les circonstances constitutives de la dispense du rapport, qu'il ne l'a été sur l'obligation même de rapporter. En effet, si cet article ne prescrit pas une déclaration sacramentelle, s'il s'induit de ses termes que la dispense de rapport pourra résulter d'une déclaration équivalente, du moins il ne permet pas d'autoriser la dispense même en l'absence de toute manifestation de la part du donateur : et cela est vrai des libéralités indirectes aussi bien que des donations patentes; car après avoir embrassé

Digitized by Google

les unes et les autres dans une même disposition pour les soumettre au rapport, l'article 843 déclare, dans une disposition également commune, que l'obligation de rapporter ne doit cesser que par l'effet d'une dispense *expresse* de la part du donateur. Il y avait donc lieu de soumettre les donations indirectes, comme les donations patentes, aux mêmes règles, en ce qui concerne les circonstances constitutives de la dispense du rapport, comme on les y avait soumises relativement à l'obligation même de rapporter : les deux objets sont réunis par la loi; le principe de la solution se trouve, à l'égard des deux, dans une disposition qui leur est commune; et lorsque la Cour de cassation appliquait virtuellement cette disposition à l'objet principal, l'obligation du rapport, elle ne pouvait, sans nuire à cette doctrine, sans l'affaiblir, sans lui enlever, en quelque sorte, sa base légale, en refuser l'application à l'objet subsidiaire, c'est-dire aux circonstances susceptibles d'établir la réserve.

Dira-t-on qu'une déclaration de la part du disposant est incompatible avec la vente, par exemple, ou avec tout autre contrat à l'aide duquel aurait été déguisée la volonté de donner? A cela nous pourrions répondre, avec la Cour supérieure de Bruxelles, la première qui ait appliqué l'obligation du rapport aux donations de l'espèce, que l'impossibilité d'insérer la dispense dans un acte à titre onéreux provient du fait des donataires, ou tout au moins d'un fait auquel ils ont participé, en recourant, d'un commun accord avec le donateur, dans la vue d'éluder la prohibition de la loi, à des actes non susceptibles de la déclaration, et qu'ainsi ils ne peuvent tirer aucun avantage de la position dans laquelle ils se sont placés (*V.* à leur date, dans les collections du *Journal du Palais* et de M. Devilleneuve, les arrêts du 30 mai 1812 et 26 juillet 1820). Mais la loi elle-même fournit une réponse décisive. Il n'est pas indispensable, en effet, que la déclaration soit contenue dans l'acte même; ce que le donateur, qui dissimulait sa libéralité, n'a pu faire à l'instant du contrat et dans le contrat même, il peut toujours le faire après. « La déclaration que le don ou le legs est à titre de préciput ou hors part, dit l'article 919 du Code Napoléon, pourra être faite soit par l'acte qui contiendra la disposition, soit postérieure-

Digitized by Google

ment dans la forme des dispositions entre-vifs ou testamentaires. » Ainsi, le donateur qui prend une voie détournée pour gratifier un successible peut toujours suppléer au silence forcé qu'il a dû garder dans le contrat même, relativement à la dispense du rapport. Et dès lors, s'il ne l'a pas fait, il faut dire que, en supposant même que son intention première ait été de dispenser la libéralité du rapport, du moins il n'a pas persévéré dans cette intention. Rien ne saurait donc soustraire le successible, indirectement gratifié, à l'application complète et rigoureuse de l'article 843 du Code Napoléon.

Cette doctrine, en harmonie complète, selon nous, avec l'esprit de la loi, en ce qu'elle écarte les présomptions dans une matière où il ne paraît pas que le législateur ait voulu les admettre, présente aussi plus de garanties que celle de la Cour de cassation, en ce que, ramenant à une loi commune des actes qui, bien que différents par la forme, participent au fond de la même nature, elle enlève beaucoup aux dangers et à l'arbitraire de l'interprétation.

PAUL PONT.

Digitized by Google

DE LA SOLIDARITÉ ET DE L'INDIVISIBILITÉ.

Examen doctrinal du Traité de M. A. Rodière, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, membre de l'Académie de législation de la même ville. Un vol. in-8°. 1852.

Par M. Victor MOLINIER,
Professeur de droit criminel à la Faculté de Toulouse, membre de l'Académie de législation de la même ville.

(*Suite*. Voir pour ce qui précède, *suprà*, p. 48.)

SOMMAIRE.

§ 3. — *De la solidarité en matière criminelle.*

17. Matières qui font l'objet du chapitre V du livre de M. Rodière.
18. Caractères de la solidarité légale établie par l'article 55 du Code pénal. — Ce n'est qu'une solidarité imparfaite.
19. Application : 1° Au cas d'une demande en dommages intentée devant les tribunaux civils contre un seul des délinquants. — 2° A la remise de la dette des dommages-intérêts consentie à un seul. — 3° A la valeur du jugement qui relaxe l'un des délinquants, à l'égard de celui qui n'y a pas figuré. — 4° A l'absence d'une disposition expresse du jugement prononçant la solidarité. — 5° A la nature de l'obligation résultant d'un délit purement civil ou d'un quasi-délit.
20. Observations critiques sur la solidarité appliquée aux *amendes* par l'article 55.
21. Origine de cette solidarité.
22. Elle est applicable même aux amendes établies, en matière de crimes et de délits, par des lois spéciales.
23. Elle n'est pas applicable aux contraventions de police et aux contraventions matérielles à des dispositions réglementaires.
24. Cas où plusieurs individus ont été condamnés pour un même délit à des amendes dont les quotités sont diverses.
25. Cas où l'amende infligée à l'un des condamnés est élevée à raison de la récidive.
26. Cas où la somme de toutes les amendes s'élève au-dessus du *maximum* déterminé pour le délit puni.
27. *Quid* du cas où certains des délinquants ont été condamnés à l'amende seulement et certains autres à l'emprisonnement seulement pour un même délit : les amendes peuvent-elles être demandées, avec les frais, à ceux qui n'ont été condamnés qu'à l'emprisonnement seulement ?
28. Lorsque les auteurs ou complices d'un délit ont été condamnés par des jugements successifs et séparés, la solidarité n'a pas lieu pour les amendes, mais elle existe pour les dommages-intérêts : il y a à apprécier les faits quant aux frais.

Digitized by Google

29. Le condamné qui a payé seul l'entier montant des condamnations a-t-il un recours à exercer contre ses codélinquants? — Opinion de SERPILLON.

30. Il acquiert, par le fait du payement, des droits à un remboursement.

31. M. RODIÈRE admet avec raison que le juge peut diviser inégalement entre les condamnés le montant des restitutions et des dommages.

32. Celui qui a payé en entier les condamnations n'a de recours à exercer contre ses codélinquants que divisément, et pour les parts qui sont à la charge de chacun d'eux.

33. Le condamné qui a payé l'entier montant des amendes, des dommages-intérêts et des frais, se trouve-t-il subrogé, en vertu du n° 3 de l'article 1251 du Code Napoléon, à l'utilité des titres, droits et priviléges du Trésor ou de la partie civile? — Solution affirmative. — Critique d'un arrêt de la Cour supérieure de Bruxelles.

34. Les parts des insolvables doivent être distribuées entre tous par portions viriles.

17. L'auteur consacre à la solidarité en matière criminelle le chapitre V de la première partie de son livre, qu'il divise en quatre sections, dans lesquelles il parle successivement : 1° de la solidarité en matière de crime et des délits; 2° de la solidarité en matière de contraventions; 3° des divers cas de responsabilité établis par les lois pénales ou par des lois spéciales; 4° de la responsabilité prononcée contre les communes par la loi du 10 vendémiaire an IV.

18. En s'occupant d'abord des crimes et des délits, M. Rodière se demande quelle est la nature de la solidarité dont il est question dans l'article 55 du Code pénal? Est-ce une solidarité parfaite ou n'est-ce qu'une solidarité imparfaite rattachée à une obligation *in solidum*? Notre collègue témoigne quelque hésitation sur cette question en présence des doctrines émises par POTHIER dans son *Traité des obligations* [1], des termes de l'article 55 du Code pénal et de certains passages de l'exposé des motifs du titre du Code Napoléon relatif aux contrats et obligations conventionnelles [2]. Mais lorsqu'il aborde les détails, il est

[1] Aux n°s 264 et 268. « Le troisième cas d'obligation solidaire, dit cet auteur, est à l'égard de ceux qui ont concouru à un délit : ils sont tous obligés solidairement à la réparation. Ils ne peuvent opposer aucune exception de discussion ni de division, en étant indignes. »

[2] Après avoir établi en principe que l'obligation solidaire ne se présume pas lorsque plusieurs débiteurs s'obligent à une même chose, M. BIGOT-PRÉAMENEU continuait ainsi : « Il en serait autrement s'il s'agissait d'obligations pour lesquelles la *solidarité* serait prononcée par la loi. C'est ainsi qu'elle a été prononcée par l'ordonnance de 1673 (tit. 6, art. 7), entre associés en fait de commerce, et par les lois criminelles, contre ceux qui sont condamnés pour un même délit, etc. »

Digitized by Google

amené à appliquer aux obligations qui résultent d'un crime, d'un délit, d'une contravention ou d'un quasi-délit, les principes en matière de solidarité imparfaite. Il est, au reste, en cela conséquent avec ce qu'il avait précédemment dit au n° 49 de son ouvrage, où il reconnaît que l'article 1202 du Code Napoléon n'est applicable qu'aux contrats.

Quant à nous, nous avons toujours enseigné que la solidarité dont il est question dans l'article 55 du Code pénal n'est qu'une solidarité imparfaite d'une nature différente de celle qui prend sa source dans une convention. Les passages de Pothier cités par notre collègue, les termes de l'article 55 et le langage de l'exposé des motifs, n'ont pas à nos yeux une grande valeur, parce qu'on trouve dans les écrits publiés avant l'époque actuelle une certaine obscurité dans tout ce qu'on y dit sur la solidarité. Cette obscurité provient de ce qu'on n'y distingue pas doctrinalement les cas de solidarité parfaite des cas de solidarité imparfaite ou de simple obligation *in solidum*. M. Rodière aura le mérite d'avoir un des premiers élucidé avec détail ce point important.

19. En partant de ces doctrines, nous adoptons pleinement les opinions de notre collègue qui en sont la conséquence et nous admettons avec lui :

1° Que les poursuites portées par la partie lésée *devant le tribunal* civil contre certains des auteurs ou des complices d'un crime ou d'un délit ne sont pas interruptives de la prescription à l'égard de ceux qui n'ont pas été actionnés [1] ;

2° Que la remise de la dette des dommages-intérêts faite à l'un des auteurs d'un crime ou d'un délit n'éteindrait pas l'obligation des autres délinquants [2] ;

3° Que le jugement qui relaxerait l'un des délinquants de la demande en dommages ne profiterait pas aux autres et ne leur

[1] M. Rodière, p. 125, n° 171, et p. 244, n° 313. — Marcadé, t. IV, p. 511, sur l'art. 1202, n° 2. — Il en serait autrement des poursuites portées devant les tribunaux de répression. Elles produiraient l'effet interruptif consacré par les articles 637, 638 et 640 du Code d'instruction criminelle. *V.*, sur cette matière, M. Consturier, *Traité de la prescription en matière criminelle*, p. 170. Ses opinions diffèrent sur quelques points de celles que nous avons adoptées.

[2] *V.* M. Rodière, p. 126, n° 172, et p. 244, n° 313.

Digitized by Google

fournirait pas l'exception de la chose jugée pour repousser la demande qui serait dirigée contre eux [1];

4° Que la solidarité imparfaite dont il est question dans l'article 55 du Code pénal résulte virtuellement et de plein droit de toute condamnation qui est fondée sur un même crime ou sur un même délit sans qu'il soit nécessaire que le jugement la prononce expressément [2];

5° Nous enseignons encore que les auteurs d'une même contravention sont tous obligés *in solidum* pour ce qui concerne les restitutions, les dommages-intérêts et les frais [3], mais qu'il n'existe entre eux aucune solidarité par rapport aux amendes. L'article 55 du Code pénal ne statue que sur les crimes et les délits. La solidarité qu'il établit pour les amendes ne saurait être étendue, par analogie, aux contraventions de simple police en l'absence de toute disposition expresse dans le chapitre Ier du livre IV du Code pénal [4];

6° Nous admettons encore que l'obligation qui est engendrée par un délit purement civil ou un quasi-délit (C. Nap., 1382-1386) pèse *in solidum* sur tous ceux qui doivent supporter les dommages qui leur sont imputables. La doctrine contraire nous a toujours paru insoutenable, et nous adhérons complétement à tout ce que notre savant collègue dit pour la réfuter [5].

20. En s'occupant de la solidarité relative aux amendes établies par l'article 55 du Code pénal, M. Rodière fait observer avec raison qu'elle a quelque chose d'exorbitant. « L'amende, dit-il, est évidemment une peine, et il est de principe, en droit criminel, que les peines doivent être personnelles [6]. » Tout en approuvant cette critique, nous regrettons que notre savant col-

[1] M. Rodière, p. 126, n° 172, et p. 244, n° 313.

[2] *Ibid.*, p. 245, n° 314.

[3] *Sic* M. Rodière, p. 44, n° 49, et p. 247, n° 316.

[4] *Sic* M. Rodière, p. 248, n° 318. — Cour de cassation, 12 mai 1849 (Devill. et Car., 1849, 1, 608). — Sourdat, *De la responsabilité*, t. I, n° 145. — V. *in frà*, n° 24.

[5] P. 45, n° 50. — *Sic* Zachariæ, t. II, p. 262, § 298, note 12, avec les arrêts et les autorités qu'il cite. — Sourdat, *De la responsabilité*, t. I, n° 473 et suiv.; t. II, n° 704 et suiv. — Cour de cassation, 20 juillet 1852 (Devill. et Car., 1852, 1, 689). — *V.*, dans un sens contraire, un article de M. Magnier, publié dans cette *Revue*, t. II, p. 571.

[6] P. 248, n° 318.

Digitized by Google

lègue n'ait pas cru devoir remonter aux sources historiques du principe consacré, sur ce point, par l'article 55 du Code pénal. Il n'est pas sans intérêt de constater comment une règle qui s'écarte de l'une des bases fondamentales de notre droit pénal a pu se maintenir dans nos lois. Nous allons faire connaître le résultat de nos recherches, et, comme la matière a de l'importance; nous ajouterons à ce qu'on trouve dans le livre, d'ailleurs si riche de notre collègue, l'examen de quelques difficultés dont il n'a pas cru devoir s'occuper.

21. Dans l'ancien droit, la solidarité de ceux qui avaient été condamnés à l'amende pour un même délit n'offrait rien de contraire aux principes fondamentaux en matière de pénalité. La justice criminelle s'administrait aux frais du roi ou des seigneurs, lorsqu'il n'y avait pas de partie civile et toutes les fois que son action ne se produisait que dans un intérêt social. Les coupables qui subissaient un châtiment n'étaient pas directement condamnés à rembourser les frais qui avaient été exposés pour le leur infliger. « Lorsque les procureurs du roi sont seuls parties dans les procès criminels, dit JOUSSE, il n'y a jamais de condamnation aux dépens, soit contre eux, soit contre l'accusé : telle est la jurisprudence générale du royaume... Cette règle, ajoute-t-il, a lieu non-seulement à l'égard des procès criminels poursuivis dans les justices royales, mais aussi à l'égard de ceux qui sont poursuivis devant les justices des seigneurs [1]. » Le fisc du roi et des seigneurs avait donc à sa charge les dépenses que nécessitait l'administration de la justice criminelle, et dont il ne pouvait être couvert qu'au moyen des amendes. L'amende, tout en conservant un certain caractère pénal, était principalement considérée comme *une indemnité;* elle devait, sous ce rapport, frapper *in solidum* les condamnés qui avaient commis ensemble le délit et qui avaient à réparer, chacun pour la totalité, le détriment qui en était résulté. « Cette peine pécuniaire, dit en effet MUYARD DE VOUGLANS, est principalement établie pour *indemniser*, en quelque sorte, le roi et les seigneurs *des frais* qu'ils sont obligés de faire pour la poursuite des criminels; *et elle est*, *à leur égard*, *ce que sont* LES INTÉRÊTS CIVILS

[1] *Traité de la justice criminelle*, t. II, p. 803.

Digitized by Google

vis-à-vis des parties lésées[1]. » SERPILLON fait aussi observer, dans son Code criminel[2], que les amendes, aumônes ou réparations civiles sont de plein droit *solidaires*, et ROUSSEAU DE LACOMBE l'établit en règle dans les termes suivants : « Quant à la condamnation d'amende ou d'aumône, elle est *solidaire*, quoique le jugement ne prononce point de solidarité[3]. »

Ces principes étaient en vigueur lorsque l'Assemblée constituante réforma notre ancienne législation criminelle. Un décret du 20 septembre 1790 établit, dans son article 1er, que les frais de poursuite criminelle faits à la requête des procureurs du roi ou d'office, seraient à la charge du trésor public, et l'article 42 du titre II du décret du 19 juillet 1791 sur la police municipale et correctionnelle, maintient la *solidarité* pour les amendes entre les *complices*[4]. On le voit, l'Assemblée constituante ne s'écartait pas, en matière de dépens et d'amendes, de la législation qu'elle trouvait en vigueur. Ajoutons que ce dernier décret contient encore une disposition qui applique le produit des amendes à des dépenses d'intérêt communal et au soulagement des pauvres du lieu dans lequel le délit a été commis. L'amende conserva donc, sous l'empire de cette législation, son caractère primitif d'indemnité et de réparation envers la société, tout en revêtant une nature pénale mieux déterminée. Plus tard, une loi du 18 germinal an VII vint alléger le trésor public en établissant que tous ceux qui auraient participé à un même délit seraient condamnés *solidairement* à rembourser à l'État les frais auxquels la poursuite aurait donné lieu. Dès lors les motifs qui avaient fait admettre la solidarité pour les amendes dans l'ancien droit et qui l'avaient fait maintenir sous la législation de 1791, cessèrent d'exister sans que la loi fût modifiée. Les rédacteurs du Code pénal de 1810 trouvèrent en vigueur cet état de

[1] *Lois criminelles*, p. 84. *V.* aussi Pothier, *Traité de la procédure criminelle*, sect. 1, § 2.

[2] *Code criminel*, 1re partie, p. 882.

[3] *Matières criminelles*, chap. 24, n° 27, p. 431.

[4] L'expression *complices* s'applique, dans cet article, à tous ceux qui ont encouru une condamnation pénale pour une même infraction.

L'article 3 du titre II du Code rural du 28 septembre 1791 contient aussi une disposition portant que l'*indemnité* et l'*amende* sont dues SOLIDAIREMENT par les délinquants.

Digitized by Google

choses qui établissait la solidarité pour les restitutions, pour les amendes, pour les dommages-intérêts et pour les frais; ces règles étaient favorables au fisc et tendaient à assurer l'exécution des condamnations pécuniaires; ils les maintinrent et ils les reproduisirent dans l'article 55 pour ce qui concernait les crimes et les délits. Il est probable qu'ils ne remarquèrent pas que l'amende, qu'ils classaient au nombre des peines communes aux trois matières criminelle, correctionnelle et de police (C. pén., 9, 11, 464), revêtait par là un caractère purement pénal qui n'autorisait plus le maintien de la solidarité sans que le principe qui veut que les peines soient personnelles reçût une atteinte. Il est vrai que le produit des amendes continua de former un fonds distinct affecté au recouvrement des frais tombés en non-valeur et à des objets intéressant directement les populations au sein desquelles les infractions réprimées avaient été commises [1]; mais cette affectation des amendes ne leur ôta pas leur caractère purement pénal et ne put plus suffire pour justifier la solidarité. Il faut donc reconnaître que la disposition de l'article 55 relative aux amendes est une de celles qu'il serait bien de modifier si on revisait le Code pénal de 1810 et si on voulait établir une parfaite harmonie entre les principes qu'il consacre. En attendant cette révision encore désirable pour beaucoup d'autres points également importants, il faut appliquer la règle telle qu'elle existe et sans qu'il soit permis d'en restreindre la portée par des considérations de pure équité. C'est en nous

[1] D'après les dispositions combinées d'une ordonnance du 30 décembre 1823 et d'un décret du 25 juin 1852, le produit des amendes correctionnelles de chaque département est versé dans la caisse du receveur général, pour y être à la disposition du préfet et y former un fonds commun applicable : 1° au remboursement des frais de poursuites tombés en non-valeurs, soit en matière correctionnelle, soit en matière de simple police; 2° au payement des droits dus aux greffiers des tribunaux pour les relevés qu'ils fournissent des jugements; 3° la moitié du fonds commun restant est centralisée au Trésor pour pourvoir à l'abonnement au *Moniteur* envoyé aux maires de toutes les communes chefs-lieux de canton; 4° le tiers du restant est applicable au service des enfants trouvés et abandonnés; 5° les deux autres tiers restant sont distribués entre les communes qui éprouvent le plus de besoins.

Quant aux amendes en matière criminelle, qui sont peu nombreuses, elles sont attribuées au Trésor.

Les amendes en matière de simple police reviennent aux communes, aux termes de l'article 466 du Code pénal et de l'article 4 de l'ordonnance précitée du 30 décembre 1823.

Digitized by Google

pénétrant de cette nécessité qui est imposée au juge d'appliquer la loi sans qu'il lui soit permis de s'écarter de ses prescriptions les moins rationnelles et les plus rigoureuses, que nous allons examiner quelques questions qui peuvent se présenter et dont la solution deviendra plus facile au moyen des détails dans lesquels nous venons d'entrer.

22. On peut d'abord demander si la solidarité établie par l'article 55 du Code pénal est applicable aux amendes infligées pour des faits incriminés par des lois spéciales. Cette question nous paraît devoir être résolue affirmativement, même en l'absence de toute disposition particulière prononçant, pour le cas donné, la solidarité. Constatons, en effet, que les deux premiers livres du Code pénal qui renferment l'article 55, contiennent des règles générales applicables à tous les faits qualifiés crimes ou délits. Puis viennent, dans le livre III, des dispositions spéciales qui incriminent les faits punissables, qui les définissent, qui tracent les règles particulières et établissent les peines applicables pour chaque espèce de crime ou de délit. Les lois publiées en dehors du Code pénal rentrent en général dans cette troisième partie, et la complètent pour les crimes et les délits dont elles assurent la répression. Elles subissent dès lors l'application des principes généraux consacrés dans les deux premiers livres du Code, dont il est rare qu'elles rappellent d'une manière expresse les dispositions. C'est ainsi que les règles qui s'appliquent à la tentative, à la complicité, à la récidive, sont applicables à tous les faits qualifiés crimes ou délits, même à ceux qui ne sont incriminés que par des lois particulières. Les dispositions de l'article 55 du Code pénal relatives à la solidarité ont, dans la pensée des rédacteurs du Code, pour objet de mieux garantir le payement du montant des condamnations pécuniaires, et font partie des dispositions générales qui assurent l'exécution des jugements en matières criminelle et correctionnelle.

23. Nous avons dit que la solidarité n'a pas lieu, en matière de simple police, pour les amendes de 1 à 15 fr. établies par les articles 464 et 466 du Code pénal, auxquelles l'article 55 n'est pas applicable[1]. Il nous paraît qu'il doit

[1] *Supra*, p. 159, n° 19, § 5.

Digitized by Google

en être de même pour les infractions à des dispositions purement réglementaires qu'on qualifie aussi de *contraventions*, et auxquelles on n'applique pas les règles générales qui ne sont établies, dans les deux premiers livres du Code pénal, que pour les délits proprement dits [1]. Ce qui concerne ces infractions est en dehors du droit pénal commun, et il est même à remarquer que dans ces matières les amendes sont plutôt réelles que personnelles, en ce qu'elles se rattachent plutôt au fait matériel qu'aux personnes. La Cour de cassation a fait une application remarquable de ces principes en décidant que, dans les matières fiscales, on ne doit pas condamner *individuellement* à une amende séparée chacun de ceux qui ont concouru à une même contravention. On doit se borner à prononcer pour chaque fait une amende unique et collective que tous les condamnés doivent *in solidum* [2].

24. En revenant à la règle établie par l'article 55 du Code pénal par rapport aux amendes infligées pour les crimes et pour les délits, nous avons à nous demander si la solidarité imparfaite établie par cet article doit frapper d'une manière absolue ceux qui ont été condamnés, pour le même délit, à des amendes inégales. *Primus*, *Secundus* et *Tertius*, reconnus coupables d'un délit qu'ils ont commis ensemble, sont condamnés, savoir : *Primus* à 100 fr. d'amende, *Secundus* à 200 fr., *Tertius* à 300 fr.; somme totale, 600 fr. *Primus* est seul solvable. La circonstance accidentelle de l'insolvabilité des autres délinquants doit-elle mettre à sa charge les peines qu'ils ont encourues, et qui sont plus graves que celle qui lui a été personnellement infligée?

[1] Le mot *contravention* (*contra venire*) s'applique, dans le sens de l'article 1er du Code pénal, à toute infraction qui n'est réprimée que par des peines de simple police. Dans une autre acception, l'expression *contravention*, en opposition avec le mot *délit*, est employée pour désigner une infraction matérielle pour laquelle on n'a pas à examiner de question intentionnelle, et que l'on punit sur la seule preuve de l'existence du fait. Ces distinctions doctrinales avaient une importance très-grande en matière de presse, lorsque la connaissance des délits commis par des écrits appartenait aux Cours d'assises, tandis que les tribunaux correctionnels étaient chargés de réprimer les contraventions aux dispositions purement réglementaires. On peut consulter, sur les caractères spéciaux des contraventions, les autorités nombreuses et les arrêts indiqués par MM. Devilleneuve et Gilbert dans leurs *Tables générales* du Recueil des lois et arrêts, au mot *Contravention*, n° 4.

[2] Arrêt de la chambre criminelle, du 19 août 1836 (Sirey, 1836, 1, 762).

Digitized by Google

Sous l'empire de l'ancien droit criminel, LA ROCHE-FLAVIN avait tracé sur ce point la règle suivante : « Les prévenus de mesme crime, condamnez ensemble en mesme somme, ou chacun d'eux en semblable somme, doivent icelle payer le solvable pour le non solvable : mais s'ils sont condamnez en amende dissemblable séparément, il en est autrement; car chacun doit aussi séparément payer son amende et en seul, sans qu'on se puisse dresser aux autres, et *sic observatur* [1]. »

Ce passage du savant arrêtiste prouve que la sagesse des magistrats avait su opposer autrefois une barrière aux prétentions quelquefois excessives du fisc. Ces distinctions, établies par l'ancien premier président en la chambre des requêtes du parlement de Toulouse, sont très-judicieuses et très-exactes. Lorsqu'une seule amende a été prononcée contre plusieurs pour un même crime, chacun d'eux la doit *in solidum*, puisqu'il a été reconnu coupable du fait pour lequel elle a été infligée. Lorsque des amendes semblables ont été infligées aux accusés, le juge est présumé avoir voulu répartir d'une manière égale la condamnation pécuniaire qui est due *in solidum* par tous, et qui dans l'ancien droit revêtait, ainsi que nous l'avons vu, les caractères d'une indemnité envers le fisc, à la charge duquel restaient les frais. Mais lorsque les juges avaient infligé aux coupables des amendes inégales, il était manifeste qu'ils avaient pensé que leur participation au délit n'avait pas été la même, et que chacun d'eux ne devait une réparation que pour une quotité différente.

Quelque équitables que soient ces règles, nous ne croyons cependant pas pouvoir proposer de les suivre aujourd'hui, en présence des dispositions si positives et si absolues de l'article 55 du Code pénal, qui sont conçues dans des termes qui n'autorisent aucune distinction. Dans notre espèce, le fisc pourra demander à *Primus* 600 fr., quoique les juges aient pensé qu'une amende de 100 fr. suffisait pour réprimer les faits à sa charge. Cela est sans doute peu équitable, mais cela est écrit dans la loi : *Dura sed scripta lex* [2].

[1] Arrêts notables du parlement de Toulouse, liv. VI, tit. 6, p. 431. — DESPEISSES, *Des droits seigneuriaux*, au tome III de ses œuvres, tit. 5, art. 3, nos 14 et 15, reproduit ces principes.

[2] *Sic* Cour de cassation, 3 novembre 1827 (Sirey, 1828, 1, 104).

Digitized by Google

25. La même solution serait applicable au cas où l'amende aurait été élevée à l'égard du condamné insolvable, à raison de sa récidive. Le condamné solvable qui n'aurait subi qu'une amende simple ne serait pas reçu à prétendre qu'il ne serait solidaire, quant à l'amende encourue par son codélinquant, que jusqu'à concurrence du *maximum* déterminé pour un délit primaire. La circonstance aggravante de la récidive, quoique personnelle à l'autre condamné, rejaillirait sur lui [1].

26. Enfin, lors même que la solidarité aurait pour résultat d'élever la somme des amendes au-dessus du *maximum* déterminé par la loi pour le délit réprimé, chacun des condamnés pourrait être recherché pour la totalité des condamnations. Notre Code pénal consacre, pour les peines qui frappent le patrimoine des condamnés, une sorte de communion en vertu de laquelle chacun doit payer tant pour lui que pour tous ceux avec lesquels il a délinqué [2].

27. Il peut arriver que plusieurs individus reconnus coupables d'un même délit, soient condamnés par le même jugement, les uns à l'emprisonnement seulement, les autres à l'amende seulement; dans ce cas, les amendes peuvent-elles être réclamées, avec les frais, à ceux qui n'ont été condamnés qu'à l'emprisonnement, sauf leur recours contre leurs codélinquants?

Si on ne considérait que les termes absolus de l'article 55 du Code pénal, on admettrait l'administration de l'enregistrement et des domaines à réclamer les amendes, avec les frais, contre ceux qui n'ont été condamnés qu'à l'emprisonnement. Il nous semble cependant que cela serait trop rigoureux. Il ne peut y avoir, quant aux amendes, de solidarité qu'entre les individus auxquels on a infligé cette peine pécuniaire. La loi a voulu d'ailleurs, en investissant les magistrats d'un pouvoir discrétionnaire pour le choix des peines, qu'ils fussent à même d'approprier la nature du châtiment à la position particulière de celui qui doit le subir. Ce but ne serait pas atteint si l'individu à qui le juge n'a pas infligé l'amende à cause de sa pauvreté, ou parce qu'il

[1] *Sic* Cour de Grenoble, 12 juin 1834 (Sirey, 1835, 2, 300).

[2] *Sic* Carnot, sur l'article 55 du Code pénal, n° 6. — Cormelle, *Encyclopédie du droit*, v° *Amende*, n° 43.

Digitized by Google

est chargé de nombreux enfants, devait à la fois et subir l'emprisonnement qui lui a été appliqué pour ne pas le grever d'une peine pécuniaire, et payer les amendes des autres délinquants, qu'il ne pourrait acquitter qu'avec une extrême gêne. La solidarité aurait dans ce cas pour effet, si on l'admettait, de soumettre le condamné à une seconde peine non portée contre lui par le jugement. Ce résultat est inadmissible.

28. Faut-il nécessairement, pour que la solidarité consacrée par l'article 55 soit applicable, que les condamnations pécuniaires, consistant en restitutions, dommages-intérêts, amendes et frais, soient prononcées par le même jugement, ou bien suffit-il qu'elles prennent leur source dans le même délit?

Notre honorable collègue paraît exiger qu'il y ait à la fois unité de délit et unité de jugement[1]. Nous admettons sans difficulté cette solution pour les *amendes;* mais nous pensons qu'elle n'est plus applicable lorsqu'il s'agit des *dommages-intérêts*, et qu'il y a à apprécier les faits pour ce qui concerne les *frais*.

Il y a, en effet, à considérer, quant aux *restitutions* et aux *dommages-intérêts*, que chacun des délinquants doit IN SOLIDUM (pour le tout) la réparation du tort que le délit a causé. Chaque jugement séparé doit condamner chacun des coupables aux entières réparations et à l'entier montant des dommages. Dans cette position, chacun des condamnés devra acquitter la totalité de la dette qui est commune à tous, et le payement qu'il fera sera libératoire au regard du créancier, en faveur de tous les codébiteurs. La dette acquittée par l'un se trouvera éteinte par rapport aux autres, et le payement de son entier montant mettra obstacle à toutes *nouvelles* poursuites, par cette considération que la partie lésée ne doit obtenir *qu'une fois* les entières restitutions et les indemnités auxquelles elle a droit.

Quant aux frais, chaque condamné doit le montant de ceux qui sont à sa charge et qui se trouvent liquidés dans le jugement qui le condamne. Il y a seulement à observer que le fisc ou la partie civile ne devraient pas toucher deux fois ceux qui seraient communs à tous et qui auraient été reproduits dans les divers

[1] M. Rodière, p. 244, n° 313. — *Vie* Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 196 de la 3e édition.

Digitized by Google

jugements. Dans ce cas, le payement fait par l'un des débiteurs aurait, pour cette partie, éteint la dette des autres; car l'administration de l'enregistrement ou la partie civile ne devraient obtenir qu'une seule fois le remboursement de leurs avances.

29. Dans les divers cas de solidarité imparfaite dont nous venons de nous occuper, on a encore à déterminer la position et les droits de celui des codélinquants qui a payé la totalité des amendes, des dommages-intérêts et des frais. Quelques auteurs, en se fondant sur certaines dispositions des lois romaines interprétées avec peu d'intelligence, et sur la maxime : *nulle garantie en fait de délit*, révoquaient en doute l'admissibilité du recours de celui qui avait payé la somme totale des condamnations, contre ses codélinquants pour leurs parts et portions[1]. Cependant la pratique admettait le droit à un remboursement, et voici en quels termes SERPILLON s'exprimait sur ce point : « Quant à l'action solidaire, nous ne suivons pas ce que dit Ulpien, sur la loi *Si duobus*, *D.*, *Si mensor fals. mod. dixer.*, et la loi 1, § *planè* 14, *de Tutela et ration. distrahend.*, que l'un des condamnés en matière criminelle étant contraint de payer par la force de la solidité, il n'a pas de recours contre les autres : cette opinion est contraire à l'usage ; le délit de l'autre condamné resterait impuni par la connivence de l'instigant qui aurait la liberté de choisir entre plusieurs condamnés celui qu'il voudrait vexer, ce que la justice ne doit pas souffrir : c'est assez que l'un puisse être poursuivi pour le tout, les autres n'en doivent pas être quittes, sous prétexte que celui qui a payé n'a point d'action contre eux. C'est pourquoi, suivant Bacquet, *Traité des droits de justice*, il faut que celui qui paye pour les autres soit par eux dédommagé : il a droit d'agir contre chacun *pour sa quotité*, sans attendre de subrogation, et le juge doit les y condamner; mais l'action n'est pas solidaire sur la tête de l'un des condamnés contre les autres : il peut cependant se conserver la solidité en payant sous le nom d'un parent ou d'un ami qui prend remise de tous les droits, et ensuite il poursuit par la voie de la solidité, celui qu'il juge à propos en qualité de cessionnaire ; et pour éviter que partie des frais ne

[1] *V.* un arrêt de la Cour de Lyon, du 5 janvier 1821, qui refuse le recours. (Sirey, 1825, 2, 45.)

Digitized by Google

tombe sur celui qui a tout payé, l'ami cessionnaire déclare, dans ses poursuites contre les autres, qu'il a reçu sa portion, tant en principal que dépens, sans déroger à la solidité, ou qu'il la tient pour reçue[1]. » Nous rapportons ce passage de Serpillon, parce qu'il nous paraît contenir plusieurs choses importantes.

30. D'abord nous n'hésiterons pas, nous, à accorder un recours, contre ses codélinquants au condamné qui a payé la totalité des condamnations pécuniaires[2]. Le droit à un recours ne prend pas en effet sa source dans le délit qui a engendré l'obligation de payer les amendes et les dommages-intérêts, car un délit ne peut pas conférer un droit à celui qui l'a commis ; il prend sa source dans le fait du *payement* par lequel celui des condamnés qui paye éteint la dette de tous, et dans l'équité qui exige que le débiteur, qui est libéré avec l'argent d'autrui, indemnise celui qui a éteint la dette et qui n'a pas entendu le gratifier. D'ailleurs, comme le fait remarquer avec raison Serpillon, si on n'accordait pas de recours au condamné qui a payé, les autres délinquants resteraient impunis : cela serait contraire à tous les principes en matière de répression.

31. Mais en admettant le condamné à exercer un recours, nous pensons, avec M. Rodière, que le juge peut mettre à la charge des délinquants des parts inégales dans les restitutions, les dommages-intérêts et les frais. Nous adhérons pleinement à tout ce que dit sur ce point notre savant collègue[3], et nous nous contentons d'ajouter que les doctrines qu'il expose ont été expressément énoncées dans une disposition de l'article 16 du Code pénal espagnol promulgué en 1848 et revisé en 1849 et 1850[4].

32. Nous admettons aussi que celui qui a payé ne peut personnellement recourir contre chacun de ses codélinquants que pour la part qui le concerne. La règle consacrée par l'article 1214 du Code Napoléon est applicable. La cession des droits de la

[1] *Code criminel*, 1re part., p. 882.—Voir aussi Imbert, *Enchiridion*, p. 169.
[2] *Sic*, Sourdat, *De la responsabilité*, t. I, n° 158.
[3] P. 245, n° 315.
[4] Cette disposition est ainsi conçue : *Los tribunales señalarán, segun su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder.* « Les tribunaux arbitreront, suivant leur sagesse, l'étendue de la responsabilité qui doit être à la charge de chaque intéressé. »

Digitized by Google

partie civile à un tiers, dont parle Serpillon, ne pourrait même produire, quant à la solidarité, les effets dont parle ce criminaliste, qu'autant que cette cession serait sincère. S'il apparaissait qu'elle fût simulée et que le payement eût été fait avec les deniers du condamné, les tribunaux n'y auraient aucun égard et n'accorderaient le recours que divisément : *Acta simulata... veritatis substantiam mutare non possunt*[1].

33. Serpillon n'exige pas, pour l'exercice du recours, que celui qui a payé se soit fait *subroger* aux droits du créancier : il lui accorde une action de son propre chef. Sous l'empire de la législation qui nous régit, on a à examiner si celui qui a ainsi payé est *légalement subrogé* aux droits dont est investi le fisc ou la partie civile. La question a une très-grande importance par rapport à la contrainte par corps, au privilége accordé au fisc pour les frais[2], et à l'hypothèque judiciaire qui résulte du jugement de condamnation (C. Nap., 2123). Si on accorde à celui qui a payé, la subrogation, il pourra employer la contrainte par corps contre ses codélinquants pour se faire rembourser les amendes et les parts des condamnations pécuniaires qui les concernent ; il utilisera, à l'encontre de leurs créanciers, le privilége ou l'hypothèque qui appartiennent au fisc ou à la partie civile. Au contraire, si on n'accorde pas de subrogation, le délinquant qui a payé ne sera investi que d'un droit de créance qu'il devra faire consacrer par un jugement, pour avoir un titre exécutoire et pour acquérir une hypothèque.

La Cour supérieure de Bruxelles eut à décider cette question de subrogation dans l'espèce suivante : Les nommés G..., S... et V... avaient été condamnés solidairement, sur la poursuite du ministère public, à une amende de 5,000 fr. pour fait d'escroquerie en matière de conscription. G... acquitta la totalité de cette condamnation. Se considérant comme subrogé aux droits du fisc, il fit, en vertu du jugement, un commandement à S... pour qu'il eût à lui rembourser le tiers de l'amende et des frais, sous peine d'y être contraint par corps. — S... fit une opposition à ce commandement et soutint que G... ne pouvait pas uti-

[1] L. 2, C. *Plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur.*
[2] C. Nap., 2098 ; loi du 5 septembre 1807.

Digitized by Google

liser contre lui le jugement obtenu par le ministère public.

Le tribunal civil de Bruxelles, tout en reconnaissant que G... devait jouir de la subrogation légale accordée par le § 3 de l'article 1251 du Code Napoléon, accueillit l'opposition pour ce qui concernait la contrainte par corps. Il considéra que cette voie d'exécution constituait un privilége exclusivement attribué au fisc et intransmissible; que ce n'était pas d'ailleurs l'action du fisc que G... exerçait, mais bien celle qui dérivait du quasi-contrat intervenu par le payement d'une dette solidaire.

Il y eut appel devant la Cour supérieure de Bruxelles, et voici l'arrêt qui intervint le 14 mai 1821 : « Attendu que par son exploit d'opposition l'appelant a conclu à la nullité du commandement, sur le motif, entre autres, que l'intimé n'était pas aux droits du gouvernement; — attendu que cette proposition résulte des principes de la matière, puisque celui qui, comme dans l'espèce, a payé une amende résultant d'un délit, n'a point l'action que la partie publique a acquise par la condamnation, mais a tout au plus une action contre ceux qui, comme lui, en seraient débiteurs, laquelle est purement civile; — attendu que, dès lors, l'intimé ne pouvait recourir à la voie du commandement, puisqu'il n'avait aucun titre exécutoire par devers lui, mais n'avait d'autre voie pour récupérer ce qui peut lui être dû que l'action citatoire ordinaire; — déclare le commandement nul, etc.[1]. »

La décision des premiers juges et celle de la Cour d'appel admettent deux moyens d'opposition que nous ne croyons pas fondés.

Le tribunal de Bruxelles, tout en reconnaissant que la subrogation à l'utilité des titres et aux droits du fisc avait lieu dans l'espèce en vertu de la troisième disposition de l'article 1251 du Code Napoléon, refusa l'exercice de la contrainte par corps par cette considération que cette voie d'exécution constituait un privilége dont le fisc seul pouvait user.

Cette raison ne nous paraît nullement fondée. La contrainte par corps constitue le droit commun dans les matières criminelles et

[1] Devill. et Car., collect. nouv., tome VI, 2, 415.

Digitized by Google

non un privilége exceptionnel. Les articles 52, 467 et 469 du Code pénal l'accordent non-seulement à l'État pour assurer le payement des amendes et des frais, mais encore, dans l'ordre des intérêts privés, aux parties civiles pour les restitutions, les dommages et les dépens. La loi du 17 avril 1832 trace pour l'exercice de cette contrainte, des formes simples et qui sont les mêmes, soit que l'État l'exerce dans le cas de l'article 33, soit que les particuliers y aient recours dans le cas de l'article 38. Les articles 8 et 9 de la loi du 13 décembre 1848 reconnaissent aussi d'une manière expresse que le bénéfice de cette voie d'exécution appartient non-seulement au fisc, mais même aux particuliers. En admettant donc que G... se trouvait subrogé aux droits du fisc en vertu de l'article 1251, n° 3, du Code Napoléon, le tribunal de Bruxelles aurait dû lui reconnaître le droit d'utiliser les titres du fisc et d'exercer la contrainte par corps dont le bénéfice avait parfaitement pu lui être transmis.

Le second moyen, que la Cour supérieure a seul adopté, est plus sérieux. Il est très-vrai que le délinquant qui paye la totalité des amendes et des condamnations prononcées contre plusieurs, éteint la dette qui résulte du délit et qui est établie par le jugement. La créance du fisc et de la partie civile ne lui est pas transmise. Il acquiert par le fait du payement un droit nouveau qui est engendré, comme le dit avec raison le tribunal de Bruxelles, par le quasi-contrat de la gestion d'affaire (C. Nap., 1372-1375), et qui oblige les autres condamnés à un remboursement de la même manière que s'ils avaient donné mandat de payer leurs amendes et les parts à leur charge dans les dommages-intérêts. Mais cette circonstance qu'une nouvelle dette est, dans ce cas, substituée à l'ancienne peut-elle mettre obstacle à la subrogation? voilà la question sur laquelle la Cour supérieure de Bruxelles ne s'est pas exprimée d'une manière assez explicite, et c'est cependant celle par laquelle il fallait passer pour dénouer la difficulté. Si on examine cette question en s'aidant, pour saisir l'esprit de notre législation, des doctrines enseignées autrefois par Pothier, on reconnaît que la subrogation qui est accordée par le n° 3 de l'article 1251 du Code Napoléon n'implique pas nécessairement l'existence et la transmission au subrogé de l'ancienne

Digitized by Google

dette. Cet article la suppose, au contraire, éteinte par rapport au créancier primitif; mais, par l'effet *d'une fiction*, il la considère comme encore existante à l'égard du débiteur, afin de conférer au subrogé l'utilité de tous les accessoires qui en assuraient le payement. « La subrogation, dit POTHIER en tête de son traité sur cette matière, est une *fiction de droit* par laquelle le créancier est censé *céder* ses droits, actions, hypothèques et priviléges à celui de qui il reçoit son dû [1]. » Ainsi, par la volonté de la loi, le fisc ou la partie civile qui reçoit la totalité des condamnations pécuniaires de l'un des condamnés solidaires est censé lui transférer la créance payée. Cette transmission n'est cependant que fictive, car on ne peut conférer à personne un droit qui est éteint; mais en cette matière comme dans quelques autres, les rédacteurs du Code, se guidant par les idées d'origine romaine, se sont laissés aller à supposer ce qui manque de réalité, pour arriver, par une déduction logique, à un résultat juridique. En fait ce que le législateur a voulu dans le n° 3 de l'article 1251, c'est que celui qui éteint ce qu'il doit avec un autre ou pour un autre, et ceci s'applique au condamné qui paye, par l'effet de la solidarité, les amendes de ses codélinquants ou les dommages-intérêts et les frais auxquels ils ont été condamnés avec lui, pût jouir, pour le recours qu'il a à exercer, de l'utilité des titres exécutoires qui constataient les créances éteintes, des voies d'exécution et des hypothèques qui y étaient attachés.

Au reste, ces principes du droit civil rentrent pleinement dans l'esprit des lois criminelles. Il importe en effet, sous le point de vue de la répression, que tous les condamnés qui ont commis ensemble un même délit soient soumis aux mêmes rigueurs et puissent être contraints par les mêmes voies à l'acquittement des peines pécuniaires. Sans la subrogation, le délinquant qui n'aurait pas des biens apparents et saisissables pourrait se jouer des condamnations pénales qu'il aurait subies, lorsque son com-

[1] *V.* aussi ZACHARIÆ, qui considère la subrogation comme une *fiction juridique* par suite de laquelle *une obligation éteinte* est regardée comme continuant de subsister. (T. II, p. 370 de la traduction française de MM. Aubry et Rau.) *V.* aussi le *Traité théorique et pratique des subrogations personnelles* de M. MOURLON, p. 6 et suiv.

Digitized by Google

plice l'aurait libéré envers le fisc par l'effet de la solidarité; il pourrait s'entendre avec la partie civile pour faire peser sur son seul complice la dette des dommages-intérêts et des frais à laquelle est rattachée la contrainte par corps. Cela serait contraire à l'intérêt général, qui veut que les peines pécuniaires soient subies par ceux auxquels elles ont été infligées, et que les personnes et les biens de tous les condamnés soient également soumis aux rigueurs des voies d'exécution consacrées par les lois criminelles [1].

34. Si certains des condamnés étaient insolvables, ils jouiraient, en établissant leur insolvabilité suivant le mode déterminé par l'article 420 du Code d'instruction criminelle, du bénéfice de l'abréviation de la durée de la contrainte par corps qui est établi par l'article 35 de la loi du 17 avril 1832 et par l'article 8 de celle du 13 décembre 1848. Dans ce cas la perte résultant de l'insolvabilité se répartirait par contribution entre les condamnés solvables, conformément aux dispositions de l'article 1214 du Code Napoléon. Quoique l'amende dont est frappé l'insolvable lui soit personnelle, comme chacun des autres condamnés en devait le payement, les conséquences de l'insolvabilité doivent peser également sur tous. Lors même que les amendes seraient inégales, la division devrait se faire par portions viriles (C. Nap., 2033).

VICTOR MOLINIER.

[1] M. MOURLON admet comme nous la subrogation en faveur du condamné qui a payé l'entier montant des condamnations par l'effet de la solidarité. Il fait remarquer que cette subrogation est favorable à l'État et à la partie civile, puisqu'elle peut aider à déterminer chacun des débiteurs à acquitter le total de la dette en vue des sûretés qui lui seront transmises. (*Traité théorique et pratique des subrogations personnelles*, p. 406. — Dans l'ancien droit criminel, les tribunaux accordaient la subrogation à celui des condamnés qui payait pour tous. « Jugé en la chambre de l'Édit de Castres, le 2 décembre 1635, dit BRILLON, qu'un des complices condamnés ayant payé les amendes, les dommages et intérêts, a le même droit et privilége contre les autres condamnés, pour les obliger à la consignation, que le demandeur en excès dont il a la quittance. » (*Dictionnaire des arrêts modernes*, v° *Amende*, n° 13, p. 166.)

Digitized by Google

SUR LE REFUS ENTRE ÉPOUX DE BÉNÉDICTION NUPTIALE,

A L'OCCASION D'UN OPUSCULE DE M. SAUZET.

Par M. COIN-DELISLE,
Avocat à la Cour impériale de Paris.

A la première lecture des *Réflexions sur le mariage civil et le mariage religieux en France et en Italie* de l'illustre M. Sauzet, je n'ai pu me défendre d'un sentiment de douleur, non du but de cet ouvrage, mais de la propagation d'une idée fausse en soi, d'une doctrine juridique qui, par l'éclat et la pompe de l'expression, suppose que l'épouse catholique à qui son mari refuse de faire consacrer par l'Église le mariage prononcé par l'officier civil, est dépouillée de tout droit de résistance.

Je ne suis ni théologien ni publiciste; j'applaudis même de toutes mes forces au but principal de l'écrit de M. Sauzet : celui de trouver un moyen conciliateur dans les prétentions du pouvoir civil et du pouvoir ecclésiastique en Piémont sur l'état civil des habitants; je crains, comme lui, les suites funestes d'un changement de principe dans une législation, changement qui enfante toujours des conséquences imprévues; je pense peut-être, comme lui, que la séparation des fonctions civiles du pouvoir religieux était plus encore en 1792 un commencement d'hostilité contre le culte catholique que l'expression d'un besoin véritable des peuples : mais aussi, comme lui, je crois qu'il est impossible actuellement, du moins en France, de rendre au clergé des communions diverses les actes de l'état civil, et je vais sur ce point plus loin que lui, je le croirai impossible tant que la religion catholique ne sera pas la seule religion régnante, parce qu'il est dans son devoir de ne pas admettre de partage.

Mais pour persuader aux Piémontais d'adopter le sage tempérament du Code des Deux-Siciles, qui fait, en matière de mariage, des fiançailles solennelles devant l'officier civil, suivies d'une ratification sacramentelle dont l'absence les annulerait, il n'était pas besoin de travestir le droit français, et de donner à

Digitized by Google

l'époux français une leçon de jurisprudence éloquente, mais contraire à l'esprit du Code Napoléon.

« La loi, s'écrie l'auteur, la loi qui réduit le mariage à un con-
» trat civil, efface Dieu et sacrifie les consciences. Après les paroles
» de l'officier de l'état civil, le mariage est tenu *pour consacré;*
» et si la jeune et timide vierge attend une autre sanction pour
» cet irrévocable changement de sa destinée, si c'est au ciel
» même qu'elle demande le signal de la transformation de ses
» devoirs et la consécration de son avenir, *on pourra se rire* im-
» punément de ses scrupules, et *refuser* à sa pudique piété *le*
» *sceau de la bénédiction promise!* La promesse même qu'on
» lui aurait faite de la conduire devant le prêtre, *restera sans*
» *valeur aux yeux des lois;* et l'époux parjure, même avant les
» derniers serments, *pourra revendiquer* les droits d'un hy-
» ménée qu'elle ne reconnaît pas, et l'écarter de l'autel pour
» l'arracher à sa mère. Et la société verrait de sang froid ces an-
» goisses de l'innocence! Et son autorité prêterait force au *ra-*
» *visseur légal* contre la victime trompée! *Elle ne lui laisserait*
» *pas même* la triste consolation d'une séparation qui, cette fois,
» précéderait le mariage et la ferait veuve avant que d'avoir été
» épouse! Ou bien pour autoriser cette séparation triste et pour-
» tant tutélaire, il faudrait des magistrats *qui voulussent mécon-*
» *naître* leurs devoirs de juges et n'obéir qu'à leurs consciences
» d'hommes en mettant les mœurs au-dessus des lois. »

Ici, l'auteur proclame que les mœurs nous ont en géneral épargné cet horrible scandale; qu'auprès du peuple, elles ont remplacé les lois.

Certes, quand un homme tel que M. Sauzet, tour à tour avocat et législateur, publie une telle diatribe contre la loi, sa doctrine s'infiltrera dans les masses, et nous trouverons quelque jour un de ces esprits mal faits, orgueilleux, avides d'une fâcheuse renommée, qui nous donnera l'horrible scandale qui, avant ses leçons, nous avait été épargné. Il y a malheureusement quelques hommes pour qui la crainte d'une censure publique n'est qu'un frein impuissant.

Qu'on se rassure pourtant. Les lois protégeront la femme à qui serait faite une telle violence : elles lui offrent certainement deux

Digitized by Google

remèdes incomplets, il est vrai, mais suffisants pourtant, et les juges qui les adopteront obéiront à leur conscience de juges et d'hommes de bien. Le premier, c'est le refus par la femme de suivre son mari ; le deuxième, c'est, comme l'a dit M. Sauzet lui-même, le triste mais tutélaire remède de la séparation de corps.

L'opinion de M. Sauzet pouvait être vraie sous la loi des 20-25 septembre 1792, proclamant la dissolubilité du mariage sur la simple incompatibilité d'humeur et de caractère ; et déclarant que le mariage *n'était qu'un contrat civil*, plus fragile que tous les autres ; elle pouvait être vraie dans les tourmentes qui ont suivi : les devoirs des époux n'étaient alors déterminés que par la morale individuelle, et la liberté de conscience sans cesse proclamée était continuellement violée par les lois.

Mais depuis le Code civil, il n'en a plus été ainsi. Toutes les lois sur les matières qu'il règle sont abrogées comme lois civiles. Ainsi a péri cette loi limitative, ce principe faux écrit dans la loi de 1792 : « *Le mariage n'est rien qu'un contrat civil.* » Si le principe faux n'est écrit que dans des lois abrogées, les auteurs du Code civil ont donc regardé le mariage comme quelque chose de plus qu'un contrat civil ordinaire.

L'article 1er du projet de la Commission portait : « La loi ne » considère le mariage que sous ses rapports civils et politiques. » Ses rédacteurs reconnaissaient donc qu'il pouvait être considéré sous des rapports étrangers à la loi civile et à la loi politique. La Section voulait conserver cet article, comme renfermant une déclaration solennelle qu'il était encore utile de proclamer. Il ne fut supprimé que sur l'observation faite par le second Consul de l'inutilité de la disposition.

Mais l'exposé des motifs de M. Portalis reproduisit la même idée dans un langage magnifique : c'est là qu'il développe, sans le citer, la pensée de saint Thomas [1], que le mariage doit être considéré sous le triple rapport du droit naturel, du droit civil et du droit religieux, et que c'est la réunion de ces rapports qui

[1] Matrimonium in quantum est officium naturæ, statuitur jure naturali ; in quantum est officium communitatis, statuitur jure civili ; in quantum est sacramentum, statuitur jure divino. (*S. Thom. in IV Sententiarum*, dist. 34, quest. 1, art. 1.)

Digitized by Google

forme le mariage complet; mais que la différence de croyance dans le même empire force de séculariser la loi civile sur cette matière. (Fenet, t. VII, p. 138.)

Ainsi, le Code ne dit nulle part que le mariage n'est rien qu'un contrat civil; il a détruit cette règle en ne la reproduisant pas : il a seulement fait entendre qu'il ne réglait pas le mariage religieux, tout en proclamant que le contrat n'était pas purement civil, et en reconnaissant que « dans de telles occurrences nos es-
» pérances et nos craintes ont toujours appelé le secours de la
» religion, établie entre le ciel et la terre pour combler l'espace
» immense qui les sépare. »

Et l'on veut qu'un Code fait sous l'empire de ces pensées laisse à la merci du mari la réalisation de la promesse du sacrement!

Ouvrez le Code civil, au chapitre 6 : *des Droits et des Devoirs respectifs des Époux.* L'article 212 comprend les devoirs civils mutuels, ceux seulement que peut exiger la loi civile : fidélité, secours, assistance; on ne parle ni de l'amour qu'impose le droit naturel, ni de cette dilection qui va jusqu'au dévouement, qu'impose au mari le droit divin.

Suivons : vient l'article 213; ici, les devoirs sont différents : « le mari doit *protection* à sa femme, la femme *obéissance* à
» son mari; » et par une conséquence nécessaire, l'article 214 porte : « la femme est obligée d'habiter avec son mari, etc.... » Mais la femme doit-elle obéissance à son mari, quand, par le fait même, le mari viole la protection qu'il doit civilement à la femme. — La femme se marie pour avoir un protecteur de sa propre liberté; et dans cette liberté se trouve comprise la liberté de conscience, la liberté d'adorer Dieu selon le culte qu'elle professe. De quel droit le mari qui vient de promettre *civilement* de protéger sa femme lui fera-t-il violence, l'arrachera-t-il aux bras d'une mère pour l'écarter de l'autel? En vertu de l'obéissance à elle imposée par l'article 213? Mais c'est ce même article 213 qui impose au mari le devoir de la protéger.

On a peut-être quelque raison de dire que la promesse de la conduire devant le prêtre restera sans valeur aux yeux de la loi..... mais en un sens seulement. Cette promesse n'est pas nulle en soi, car rien n'est plus licite que des conventions sur le ma-

Digitized by Google

riage que les parties se proposent de contracter devant l'officier civil et de faire bénir par l'Église.... Mais c'est la promesse d'un fait personnel pour lequel il n'y a pas de voie de contrainte directe. Les juges n'en ordonneront donc pas l'exécution.... Mais aussi tous les magistrats, tous sans exception, en obéissant à leur conscience judiciaire, protégeront la femme, empêcheront le rapt prétendu légal, et permettront à la femme de résider chez ses parents jusqu'à ce que cette fougue tyrannique s'évanouisse par la réflexion. La femme n'a même pas d'action à intenter.... Son refus se défendra de lui-même.

Ainsi, premier remède : résistance légitime de la femme contre son protecteur légal, qui vient tyranniser sa conscience et lui arracher un acte contraire à sa foi religieuse.

De là à la demande en séparation de corps, il y a bien peu de distance. Si le mari persiste, si sa prétention se convertit en abandon volontaire de la femme qu'on a civilement unie à son sort, le fait peut devenir une marque de mépris, il peut devenir injure grave.

En effet, supposons que dans le commencement il n'y ait eu, de la part du mari, que cette forfanterie qui accompagne ordinairement les opinions extrêmes; qu'une fausse opinion de son droit; que des conseils de prétendus amis, auprès de qui il croie se faire honneur de sa bizarrerie; peut-être même des conseils pris sur la question, puisqu'on trouvera contre mon opinion l'opinion considérable de M. Sauzet : la simple résistance de la femme suffira. Car la femme vraiment chrétienne ne peut pas recourir brusquement à une action dont le succès relâcherait le lien du mariage. Mais s'il y a persévérance, cette persévérance coupable, qui isole la femme pour la contraindre à pactiser avec sa conscience par amour pour son mari, est une injure grave contre la femme; c'est une tactique contre sa liberté; c'est une déclaration faite au public que les passions physiques, quoique légitimées par le mariage civilement contracté, l'emporteront sur sa religieuse résistance; c'est d'ailleurs un double refus du droit de la femme : refus d'accomplir une solennité religieuse promise expressément ou tacitement, refus de consommer le mariage et de traiter la femme maritalement, tant qu'elle ne renoncera pas

Digitized by Google

aux exigences de son culte : violation du droit naturel, violation du droit religieux à l'égard de la personne qui doit être protégée plus que tout autre par celui même qui commet l'offense. Est-ce que ce n'est pas là l'injure grave, ou plutôt une suite d'injures graves entraînant la séparation de corps, aux termes des articles 231 et 306 du Code Napoléon?

Qu'on ne réponde pas que le Code ne s'occupe que du droit civil : il suffit qu'il reconnaisse l'alliance du droit religieux ou du droit naturel avec le droit civil en matière de mariage, pour que le refus de protection, ou, pour mieux dire, pour que la tyrannie du mari sur ces deux points soit regardée comme une dénégation affectée et une violation des droits de la femme à la protection maritale.

Qu'on ne dise pas que la loi n'a pas défini l'*injure* : en matière de mariage, l'injure est la conduite affectée contraire au droit de l'autre époux ; c'est tout ce qui est fait contre lui pour le tourmenter, *injuriâ*, contrairement à son droit.

Or si mon sentiment, qui est aussi celui de M. Demolombe (t. IV, p. 492), est vrai ; si, à moins d'être extravagant, on ne promet pas le mariage religieux à une jeune épousée, pour la voir rester dans sa famille ou pour l'autoriser à demander sa séparation de corps quand le mariage est encore imparfait : ce n'est donc pas par la seule force des mœurs, c'est donc aussi par la force des dispositions combinées des lois civiles, qu'on ne voit pas se produire le scandale dénoncé par M. Sauzet. Il faut donc dire avec douleur que, sous ce rapport au moins, nos lois ont été travesties auprès des étrangers ; il faut repousser l'autorité de l'illustre écrivain, il faut la repousser publiquement, pour que des conseils de bas étage ne s'en arment pas pour troubler les familles et scandaliser le public.

COIN-DELISLE.

Digitized by Google

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.

Contribution foncière. — Congrégations religieuses.

Par M. REVERCHON,
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation,
ancien maître des requêtes de première classe.

Dans sa livraison d'août 1851 (t. Ier, p. 477 et suiv.), la *Revue* a publié quelques observations critiques de M. Serrigny sur divers arrêts du Conseil d'État, qui venaient de décider que des maisons appartenant à l'Institut des Frères de la doctrine chrétienne, et affectées à la tenue d'écoles gratuites, devaient être exemptées de la contribution foncière, lorsque ces écoles recevaient des subventions sur les fonds communaux.

La question n'a pas tardé à se présenter de nouveau devant le Conseil d'État, tel qu'il est actuellement organisé, et elle a reçu une autre solution. L'importance pratique du sujet et la gravité des considérations qu'il soulève, soit sur le caractère même des congrégations religieuses, soit sur l'extension plus ou moins grande qu'il convient de donner aux immunités dont elles sont l'objet, nous autorisent à penser que les lecteurs de la *Revue* pourront suivre avec quelque intérêt la discussion à laquelle nous avons eu à nous livrer sur cette question, dans l'exercice des fonctions du ministère public que nous remplissions alors devant le Conseil d'État au contentieux.

En fait, d'abord, la congrégation religieuse des dames de Flines, fondée à Douai, et autorisée par une ordonnance royale du 17 janvier 1827, possède dans cette ville un établissement considérable comprenant : 1° un bâtiment affecté à une école gratuite de jeunes filles pauvres, pour laquelle la communauté recevait de la ville, depuis plusieurs années, une subvention; 2° un autre bâtiment affecté à une école normale d'institutrices pour les départements du Nord et du Pas-de-Calais, et dans lequel les élèves étaient logées, nourries, instruites gratuitement, moyennant une subvention allouée à la communauté par un traité

Digitized by Google

spécial qu'elle avait passé avec ces deux départements; 3° un pensionnat particulier et les bâtiments d'habitation des sœurs.

La loi du 20 février 1849, qui a établi la taxe des biens de mainmorte sur les biens *passibles de la contribution foncière*, et appartenant aux établissements qu'elle a dénommés, est venue suggérer à la congrégation des dames de Flines la pensée de soutenir, quant aux deux premiers bâtiments ci-dessus désignés, qu'ils n'étaient pas passibles de cette taxe, parce que, aux termes de l'article 105 de la loi du 3 frimaire an VII, ils n'étaient pas passibles de l'impôt foncier. Un arrêté du conseil de préfecture du Nord, du 15 février 1850, a accueilli cette prétention.

Sur le pourvoi de M. le ministre des finances, nous avons eu, avant tout, à nous demander si la réclamation dirigée contre la taxe des biens de mainmorte, à une époque où la réclamation contre l'impôt foncier n'eût été tardive, pouvait encore être recevable en tant qu'elle reposait sur une cause d'exemption de l'impôt foncier. Le Conseil d'État a pu se dispenser de trancher cette difficulté; nous n'y insisterons pas.

Au fond, c'est-à-dire quant à la question même de l'exemption, nous résumons dans les termes suivants les considérations que nous avons développées, dans la séance du Conseil du 15 mai 1852, à l'appui du pourvoi du ministre :

« L'article 105 de la loi du 3 frimaire an VII, qui est la loi fondamentale de la contribution foncière, est ainsi conçu :

« Les domaines nationaux non productifs, exceptés de l'aliénation ordonnée par les lois et réservés pour un service national, tels que les deux palais du Corps législatif, celui du Directoire exécutif, le Panthéon, les bâtiments destinés au logement des ministres et de leurs bureaux, les arsenaux, magasins, casernes, fortifications et autres établissements dont la destination a pour objet l'utilité générale, ne seront portés aux états de sections et matrice de rôles que pour mémoire; ils ne seront pas cotisés. »

» Si cet article régissait seul la matière, l'exemption qu'il établit ne s'appliquerait qu'aux immeubles appartenant à l'État : car il ne comprend dans ses dispositions que *les domaines nationaux*. Il résulterait de là, notamment, que les départements

Digitized by Google

n'auraient aucun droit à cette exemption, et, comme ils ne constituaient pas des personnes civiles en l'an VII, le silence de la loi à leur égard s'expliquerait tout naturellement. Il en résulterait encore que les communes n'y auraient pas droit non plus, sauf pour les rues, places publiques et chemins vicinaux, auxquels s'applique l'article 103 de la même loi; elles seraient passibles de l'impôt foncier, par exemple, pour les églises et presbytères, et telle devait être en effet, jusqu'à ce qu'il en fût autrement disposé, la conséquence d'une loi fiscale faite en présence et sous l'empire d'une constitution qui ne permettait d'établir aucune taxe obligatoire pour les dépenses d'aucune religion, et interdisait même aux communes d'acquérir ou de louer aucun local pour l'exercice des cultes[1].

» Mais à cet article 105, on a l'habitude de joindre un décret postérieur, du 11 août 1808, qui aurait notablement étendu les dispositions de la loi de l'an VII, et qui se trouve reproduit en ces termes dans l'article 403 du Recueil méthodique du cadastre, arrêté par le ministre des finances en 1811 :

« Ne sont point imposables :

» Les églises et les temples consacrés à un culte public, ainsi » que les cimetières;

. . . . . .

» Les hôtels de préfecture, de sous-préfecture et jardins y » attenant, et les maisons communales;

» Les lycées, les écoles et maisons nationales d'éducation, l'é- » cole militaire, l'école polytechnique, etc.; les maisons d'école » appartenant aux communes, etc. »

» Toutefois, ce décret n'a pas été inséré au *Bulletin des Lois*, et les savants auteurs du *Traité de la Fortune publique*, MM. Macarel et Boulatignier (t. II, p. 597), ont même élevé des doutes sur

[1] « Nul ne peut être empêché d'exercer, en se conformant aux lois, le culte qu'il a choisi. Nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'aucun culte : la république n'en salarie aucun. » (Art. 354 de la Constitution du 5 fruct. an III.

« Les communes ou sections de communes ne pourront, en nom collectif, acquérir ni louer de local pour l'exercice des cultes. » (Art. 9 de la loi du 7 vendémiaire an IV sur la police extérieure des cultes.)

« Il ne peut être formé aucune dotation perpétuelle ou viagère, ni établi aucune taxe pour acquitter les dépenses d'aucun culte ou le logement des ministres. » (Art. 10 de la même loi.)

Digitized by Google

son existence; ils déclarent avoir fait, dans les archives du Conseil d'État, des recherches par suite desquelles ils inclinent à croire que cet acte n'a jamais existé qu'en projet. Nous avons, de notre côté, porté nos investigations sur ce point; nous avons trouvé, aux archives de l'ancienne secrétairerie d'État impériale, un décret adopté par le Conseil d'État le 19 juillet 1808, réglant les recettes et dépenses des départements pour 1809, et dans lequel, au milieu de dispositions purement temporaires, on lit un art. 4 ainsi conçu :

« Les lieux employés par les préfectures et sous-préfectures, et » appartenant à l'État, ou au département, ou à l'arrondisse- » ment, ou à la ville, cesseront d'être portés au rôle de la con- » tribution foncière à compter de 1809. »

» Le document qui nous a été ainsi communiqué se borne, il est vrai, à énoncer l'approbation de l'Empereur, à la date du 11 août 1808, sans porter sa signature même; mais l'authenticité de cette énonciation ne peut guère être révoquée en doute, d'autant plus que des ampliations du décret ont été transmises aux ministres de l'intérieur et des finances le 18 août, et au ministre du trésor le 23 février suivant.

» Ainsi, le décret du 11 août 1808 existe; mais il n'a pas, à beaucoup près, la même étendue que l'article 403 du Recueil méthodique. Ce dernier texte peut et doit néanmoins être accepté comme formant la règle de la matière : 1° parce qu'il a été constamment appliqué en ce sens; 2° parce qu'il a reçu la sanction législative de l'article 29 de la loi de finances du 28 avril 1816, aux termes duquel les lois *et règlements* sur le cadastre ont dû continuer d'être exécutés, et, à cette époque, ce règlement était le principal, presque le seul, que le législateur pût avoir en vue.

» Ces prémisses posées, et si l'on combine les textes qui viennent d'être cités, il semble permis d'en conclure qu'ils subordonnent le bénéfice exceptionnel de l'exemption à la réunion, à la co-existence de ces trois circonstances : 1° qu'il s'agisse d'immeubles non productifs; 2° que ces immeubles soient affectés à une destination d'utilité générale; 3° qu'ils appartiennent à l'État, ou aux départements, ou aux communes. Aucun doute ne peut être élevé quant aux deux premières conditions; la difficulté ne

Digitized by Google

naît qu'à l'égard de la troisième. Quant à celle-ci, la nécessité en a bien été maintes fois posée en principe par le Conseil d'État[1]; mais elle n'a pourtant jamais été entendue avec une rigueur absolue. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne les fabriques, une décision du Conseil, du 12 décembre 1851 (*fabrique de Frelinghien*), a exempté de l'impôt foncier un presbytère qui, par exception, appartenait à la fabrique. De même, deux décisions des 19 juin 1838 (*fabrique de Saint-Epvre*) et 1er juillet 1840 (*fabrique de Saint-Pierre de Saumur*) ont accordé la même exemption à deux fabriques qui possédaient des écoles dans des circonstances particulières. Mais ces dérogations à la règle sont, après tout, plus apparentes que réelles. La fabrique, malgré son caractère mixte, et sous certains rapports qu'il ne faut pas exagérer, constitue un démembrement ou une fraction de l'administration communale; aussi, si ses ressources sont insuffisantes, la commune est tenue de lui venir en aide, et l'on peut dès lors admettre que, lorsqu'il s'agit de services auxquels la commune serait tenue de pourvoir, la fabrique qui en assume la charge se substitue à la commune et devient, en quelque sorte, la commune elle-même. Cet aperçu nous paraît surtout exact dans la première des trois espèces que nous venons de rappeler; il pourrait l'être encore dans quelques autres cas analogues et pour des établissements qui représenteraient également la commune[2].

» La fabrique, en effet, n'est pas seulement un établissement

[1] Entre beaucoup de décisions de ce genre, il suffit de citer celle du 13 décembre 1845 (*Spiers*), ainsi conçue :

« Considérant que la maison appartenant au requérant, et par lui louée à l'administration des douanes, ne se trouve pas dans un des cas d'exemption prévus » par les lois sur la contribution foncière, qui n'exceptent de ladite contribution » que les propriétés appartenant à l'État, aux départements ou aux communes, » consacrées à un service public et non productives de revenus. »

[2] En faisant cette réserve, nous avions en vue, par exemple, les bureaux de bienfaisance; et, en effet, deux décisions postérieures du Conseil d'État, des 25 novembre 1852 (*bureau de bienfaisance de Beaumont-en-Boine*) et 11 janvier 1853 (*bureau de bienfaisance de Villeneuve*), ont accordé la même exemption à des établissements de cette nature, pour des maisons non productives de revenu et exclusivement affectées au service des pauvres. Ces décisions se justifient par les mêmes considérations; car les communes sont tenues de pourvoir aux secours à donner aux pauvres, soit principalement, quand elles n'ont pas de bureau de bienfaisance, soit subsidiairement, quand le bureau existant n'a que des ressources insuffisantes.

Digitized by Google

public; elle est, de plus, une administration publique, et c'est ici qu'apparaît la différence capitale qui sépare, soit les fabriques, soit les communes, des congrégations religieuses. Cette différence a été souvent mise en lumière dans le sein du Conseil : ce n'est ni le lieu ni le moment de la développer; il nous suffit de rappeler un des documents dans lesquels elle a été signalée et caractérisée avec le plus de soin : nous voulons parler d'un avis du Conseil d'État du 13 janvier 1835, rapporté par M. Vuillefroy dans son *Traité du Culte catholique*, p. 202. De là il suit que la jurisprudence favorable admise pour les fabriques, dans le cas qui nous occupe, ne peut pas, par elle-même, profiter de plein droit aux congrégations. Aussi, pendant de longues années, le Conseil d'État a-t-il jugé que celles-ci n'avaient pas droit à l'exemption de l'impôt foncier. Nous rappellerons les décisions des 8 janvier 1836 (*Asile de la Providence à Montmartre*), 12 avril 1843 (*Maison de refuge de Toulouse*), 22 août 1844 (*Sœurs de la Charité de Bourges*), 25 juin 1845 (*Sœurs de la Miséricorde de Cahors*), 26 avril 1847 (*Charrier*), 25 août 1848 (*Jeannin*), etc. Dans l'affaire Charrier, notamment, la maison n'était pas productive pour son propriétaire, puisque celui-ci l'avait affectée gratuitement à la tenue d'une école des frères de la doctrine chrétienne; elle était consacrée à une destination d'utilité publique, et le Conseil d'État l'a précisément exemptée, à ce titre, de l'impôt des portes et fenêtres, parce que la loi du 4 frimaire an VII, qui régit cet impôt, est conçue en termes plus larges que celle du 3 frimaire sur l'impôt foncier; mais il l'a déclarée passible de ce dernier impôt, par cet unique motif qu'elle n'appartenait ni à l'État, ni au département, ni à la commune.

» Cependant, par trois décisions postérieures, en date des 26 avril, 3 mai et 13 août 1851 (*Frères de la Doctrine chrétienne d'Auray; Dames Ursulines de Château-Gontier; Frères de la Doctrine chrétienne de Saint-Brieuc*), le Conseil d'État s'est écarté d'une jurisprudence qui paraissait si bien assise; il a accordé l'exemption à des congrégations qui ne remplissaient pas et ne pouvaient pas remplir la troisième des conditions auxquelles il l'avait jusque-là subordonnée.

Digitized by Google

» Faut-il accepter cette dernière jurisprudence? Faut-il, au contraire, revenir à celle qui avait prévalu antérieurement? Nous croyons, quant à nous, que celle-ci doit être reprise et rétablie par le Conseil.

» Elle a d'abord l'avantage considérable d'être conforme, sinon au texte formel, du moins au sens manifeste de l'article 105 de la loi du 3 frimaire an VII et du décret de 1808, expliqué et étendu par le Recueil méthodique de 1811. Ces dispositions, en effet, n'embrassent dans leur énumération que des immeubles appartenant à l'État, aux départements ou aux communes. Se maintenir dans ces limites, en y faisant entrer au besoin certains établissements qui font partie intégrante de l'administration communale, c'est donc éviter déjà l'arbitraire inévitable qu'entraînerait l'absence d'une règle fixe dans une matière qui répugne essentiellement à l'arbitraire.

» Elle a, en second lieu, l'avantage de se rattacher à ce principe fondamental de notre droit public qu'en matière d'impôts, c'est l'égalité, en d'autres termes, la contribution qui est la règle; c'est l'exemption qui est l'exception : d'où il suit que, comme toute exception, l'exemption doit être restreinte plutôt qu'étendue.

» En troisième lieu, elle se justifie par l'esprit évident de la loi. Déjà nous avons dit que les congrégations religieuses reconnues, bien qu'elles soient des établissements d'utilité publique, bien qu'elles soient soumises, dans une certaine mesure, à la tutelle ou à la surveillance administrative, ne sont pas des administrations publiques : ce caractère ne leur appartient pas, même alors qu'elles traitent avec l'administration, centrale ou locale, pour se charger, comme auxiliaires, d'un service qui n'est point exclusivement administratif, et que de simples particuliers pourraient également remplir; nul ne conteste, en effet, qu'un particulier ou une association de particuliers ne pût fonder une école ou un hospice, et cependant nul ne soutiendrait que cette association de particuliers, même élevée à l'état de personne civile, devînt, par cela seul, une administration publique. Dès lors, quelque éminents que soient les bienfaits des congrégations religieuses qui se vouent à de telles missions, quelque désir que nous éprouvions personnellement de voir ces corporations se dé-

Digitized by Google

velopper et se consolider dans notre pays, nous ne pouvons cependant pas fermer les yeux sur les différences qui les séparent des communes ou des départements. Une commune n'est pas libre de se former ou de ne pas se former, de subvenir ou de ne pas subvenir à certains services. L'exempter de charges auxquelles elle ne pourrait suffire qu'au détriment de ces services ou bien en grevant outre mesure les contribuables, ce n'est pas créer un privilége, ce n'est pas détruire l'égalité devant l'impôt, c'est la maintenir. Accorder la même exemption à une congrégation qui s'est formée librement; qui, avant de se former, a pu et même a dû apprécier les obligations que la législation existante faisait peser sur elle; qui, enfin, a pu et dû, jusqu'à un certain point, se préoccuper alors des ressources au moyen desquelles elle ferait face à certaines éventualités de l'avenir, ce ne serait plus établir ou maintenir l'égalité, ce serait l'anéantir, et ce serait l'anéantir dans un intérêt qui, si respectable qu'il soit, n'est pas en définitive celui d'un service qu'il faille assurer à tout prix, la commune demeurant tenue d'y pourvoir.

» Enfin, si l'on serre de plus près les motifs des décisions de 1851 que nous venons de rappeler, il est difficile de ne pas les trouver plus spécieux que solides. Les écoles dont il s'agit reçoivent des subventions sur les fonds communaux ou départementaux; donc, a-t-on dit, ce sont des écoles publiques! Il y a là, selon nous, une confusion qui n'est pas sans danger. D'abord, en thèse générale, les subventions accordées par l'État, par les départements ou par les communes, à certains établissements ou à certaines entreprises, ne suffisent point pour changer le caractère de ces établissements ou de ces entreprises : ainsi les subventions accordées sur les fonds départementaux pour les chemins vicinaux n'élèvent point ces chemins au rang de routes départementales; il serait facile de multiplier les exemples analogues. De plus, le décret du 11 août 1808 ou le Recueil méthodique n'exempte pas *les écoles publiques*, mais certaines écoles publiques qu'il détermine, et les maisons d'école *appartenant aux communes*. Enfin, dans l'état actuel de la législation, les écoles privées peuvent recevoir des subventions communales; il ne serait donc pas exact en droit, et il ne serait pas sans incon-

Digitized by Google

vénient en administration, de conclure de ce fait que toute école subventionnée est une école publique.

» Il faut donc revenir à la règle établie avant 1851, c'est-à-dire limiter l'exemption aux immeubles non productifs, affectés à une destination d'utilité publique, et appartenant à l'État, ou aux départements, ou aux communes. Dans l'espèce, les bâtiments à raison desquels la congrégation des dames de Flines a réclamé, ne remplissent pas la dernière de ces trois conditions; ils sont donc passibles de l'impôt foncier.

» Assurément, si la loi était à faire, nous serions disposé, pour notre part, à accorder les immunités les plus larges aux congrégations qui se consacrent à l'instruction gratuite des enfants pauvres et au soin des malades indigents : car nous ne connaissons pas d'institution qui soit plus digne de bienveillance et même de faveur. Mais, alors même, il y aurait, comme dans toute œuvre législative ou réglementaire, à envisager tous les aspects de la question; il y aurait à ménager des intérêts divergents; il y aurait à peser des considérations de diverse nature; il y aurait enfin à combiner et à établir un équilibre indispensable. Quoi qu'il en soit, la loi existante nous paraît claire et formelle; nous ne pouvons, pas plus en cette matière qu'en toute autre, substituer notre sagesse à celle du législateur, et nous n'avons qu'à requérir l'application pure et simple de sa volonté. »

Ces conclusions ont été adoptées par le Conseil d'État, après une délibération de laquelle il nous est permis de dire qu'elle a été contradictoire et approfondie.

E. REVERCHON.

Digitized by Google

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

CODE FORMULAIRE DES OFFICIERS DE POLICE JUDICIAIRE, DES AUXILIAIRES DU PROCUREUR IMPÉRIAL ET DES TRIBUNAUX DE SIMPLE POLICE, DE CANTON ET DE MAIRES, etc.; par M. ALLAIN.

M. Allain s'est déjà fait connaître par différents ouvrages, par son *Manuel encyclopédique des juges de paix* et son *Code formulaire des lois électorales*. Une étude assidue de la législation, une longue expérience des affaires l'ont mis à même d'apprécier les difficultés que rencontrent à chaque pas, dans la pratique, les agents de la police administrative ou judiciaire. Le zèle, à défaut d'expérience ou de savoir, ne peut les surmonter toutes; de là naissent des inconvénients regrettables; de là les irrégularités, les nullités, les omissions préjudiciables à la bonne administration de la justice, à la prompte exécution de la loi.

Le but de l'auteur du *Code formulaire* a été de mettre un terme à ces inconvénients, de venir en aide aux nombreux fonctionnaires de l'autorité dans l'accomplissement de leur mission souvent difficile, toujours délicate : c'était assez déjà pour attirer l'attention sur son ouvrage; la manière dont il l'a traité doit encore lui assurer les suffrages de tous ceux qui en feront leur étude.

M. Allain a divisé son travail en deux parties : la première est consacrée *aux officiers de police judiciaire et auxiliaires du procureur impérial;* la seconde, *aux tribunaux de simple police, de canton et de maires.* C'est là une division tout à fait méthodique, et ajoutons que l'auteur a été bien inspiré en faisant précéder la première partie de son œuvre d'un chapitre dans lequel il a résumé avec une grande netteté les principes généraux de nos lois pénales : ce chapitre seul sera une excellente instruction pour tous les officiers de police appelés à dresser des procès-verbaux. Ils y trouveront l'énumération de tous les faits utiles à constater, de toutes les circonstances dont ils doivent se préoc-

Digitized by Google

cuper pour donner à leurs actes une régularité et une signification qui permettront aux magistrats d'y rechercher avec confiance les éléments propres à éclairer leur jugement. Tout ce qui touche aux principes a été scrupuleusement relevé dans ce premier chapitre, que complète le chapitre XIV, où l'auteur a exposé plus spécialement ce qui a trait aux formalités des procès-verbaux. Dans les autres, il s'adresse tour à tour aux gardes champêtres, gardes forestiers, commissaires de police, officiers de gendarmerie, etc., et n'omet rien de ce qu'il est nécessaire d'apprendre à chacun de ces fonctionnaires sur ses devoirs, ses attributions et sa responsabilité. Le dernier chapitre enfin contient une série de 248 formules, où sont prévues d'innombrables hypothèses; ces formules peuvent être suivies comme un guide sûr; leur rédaction atteste les plus laborieuses recherches et l'expérience la plus consommée.

La seconde partie de l'ouvrage, qui a pour objet les tribunaux de simple police, de canton et de maires, présente les mêmes qualités. L'importance de ces tribunaux ne pouvait échapper à l'auteur; il a su prévoir les difficultés nombreuses qui peuvent surgir sur les questions de compétence, sur le mode de procéder et sur l'application des peines. Les chapitres où sont traitées ces matières sont le complément du *Manuel encyclopédique des juges de paix;* ils contiennent le développement des principes qui n'avaient pu être exposés que d'une manière générale dans le précédent ouvrage. Les chapitres VIII et IX de cette seconde partie sont consacrés à une nomenclature complète des crimes, délits et contraventions, et l'ouvrage se termine par cinquante-sept formules de jugements qui résument toutes les hypothèses et les difficultés examinées dans le courant du livre.

En résumé, c'est là un excellent ouvrage, indispensable aux fonctionnaires publics, aux agents de l'autorité; et s'il faut savoir gré à M. Allain d'avoir pensé à combler des lacunes regrettables dans la pratique, il faut aussi le féliciter d'avoir si bien réussi dans une entreprise dont l'idée était vraiment utile et dont le résultat sera fécond.

Digitized by Google

De la contrefaçon des inventions brevetées, des modèles et des dessins de fabrique, des œuvres littéraires et artistiques; par M. E. Calmels, avocat à la Cour impériale de Paris.

La brochure que vient de publier M. Calmels sur les droits des auteurs, artistes et inventeurs, est divisée en trois parties qui contiennent l'historique de la législation, l'exposition des conditions d'existence et de conservation des droits des auteurs, les règles sur le transport des œuvres intellectuelles et sur la transmission du droit de reproduction. Ce ne sont, ainsi que l'auteur le dit lui-même, que les extraits d'un ouvrage qui n'est pas encore terminé. Cependant les questions traitées dans cette brochure le sont d'une manière assez complète pour qu'elle soit déjà d'une utilité incontestable. Aucun document n'a été négligé, et l'on voit que, dans un but pratique, l'auteur a mis un soin infatigable à rechercher, à recueillir, à classer, à discuter toutes les décisions judiciaires qui se rapportent à son sujet. Mais cela ne suffira plus dans l'ouvrage qu'il prépare, et nous devons exprimer dès à présent le désir de voir M. Calmels donner plus d'étendue à la partie historique de son livre. Il ne faut pas seulement classer des lois et des décisions judiciaires, il faut fixer les principes, déterminer d'une façon plus franche et plus hardie que ne l'a fait l'auteur (nos 62 et suiv.) la nature des droits qu'il étudie. Il faut enfin que M. Calmels se laisse moins entraîner par la jurisprudence, qui, souvent contradictoire, jette dans son esprit quelques doutes sur les solutions qu'il propose (n° 35). Les principes mieux arrêtés feraient disparaître ces doutes et ces hésitations. Quoi qu'il en soit, le jugement sûr, l'esprit méthodique que nous avons remarqués dans cette brochure, l'abondance des matériaux qui y sont réunis, nous permettent d'espérer un excellent ouvrage sur une matière qui, pour avoir été déjà quelquefois traitée, n'en est pas moins encore fort obscure et fort incomplète.

V. LESAGE,
Avocat à la Cour impériale de Paris.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de novembre 1852.

Par M. V. MARCADÉ,
Ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

1. *Enfant naturel; nationalité; légitimation; statut personnel.* — L'enfant naturel reconnu par son père et par sa mère suit la condition du premier; et il est dès lors étranger quand le père est étranger, quoique la mère soit Française.

   En conséquence, si la loi du pays étranger auquel le père appartient n'admet pas la légitimation par mariage subséquent, l'enfant ne sera pas légitimé par le mariage du père étranger avec la mère française.

2. *Promesse de mariage; clause pénale; dommages-intérêts; grossesse de la femme délaissée.* — Une promesse de mariage n'est jamais obligatoire, et son inexécution dès lors ne peut donner lieu par elle-même à des dommages-intérêts.

   La clause pénale ajoutée à une telle promesse est également nulle.

   Mais la personne qui par suite d'une telle promesse éprouve un préjudice peut, selon les cas, obtenir des dommages-intérêts en vertu de l'article 1382 C. Nap.

   Est-il permis à la femme qui se dit lésée de prouver, et aux juges de constater, que la grossesse de cette femme a pour auteur l'homme contre qui elle agit?

3. *Filiation naturelle; possession d'état; reconnaissance posthume.* — La possession d'état ne fait pas preuve légale de la filiation naturelle.

   Un enfant naturel décédé sans postérité peut-il être reconnu après sa mort?

4. *Biens de mineur; subrogé tuteur; incapacité d'acheter.* — La prohibition faite au tuteur d'acheter les biens de son pupille ne peut pas être étendue au subrogé tuteur.

5. *Dot mobilière; aliénabilité.* — La dot mobilière, à la différence des immeubles dotaux, seuls frappés d'inaliénabilité, peut toujours être aliénée par le mari. Renvoi.

6. Pourquoi les descendants sont-ils non recevables à critiquer, du vivant de leur ascendant, le partage fait entre eux par celui-ci? Renvoi.

1. — (CAEN, 18 NOV. 1852; *J. P.*, 1852, 2, 535.). — Nous n'aurons guère à donner ici que des adhésions (motivées et discutées, bien entendu) aux arrêts que nous venons signaler à nos

Digitized by Google

lecteurs; car des diverses questions qu'ils résolvent, une seule nous a paru décidée d'une manière inexacte.

C'est d'abord un arrêt conforme aux principes et parfaitement irréprochable, sinon dans tous ses motifs, au moins dans sa solution, que celui par lequel la Cour de Caen décide qu'un enfant naturel légalement reconnu par un père étranger, a la même nationalité que celui-ci, bien que sa mère soit Française, et qu'il n'a pu dès lors être légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, alors que la loi de la nation à laquelle le père et l'enfant appartiennent n'admet pas ce mode de légitimation.

Georgina-Lucila était née en Angleterre, en 1830, de Georges Barritt, Anglais, et de Marie Wilmitzer, Française, qui la reconnurent tous deux et contractèrent mariage cinq ans après, en Angleterre également; et elle prétendait, devant la Cour de Caen, que ce mariage l'avait légitimée. C'était une erreur : les règles de la légitimation étant des statuts personnels, un enfant peut ou ne peut pas être légitimé selon que les lois de la nation à laquelle il appartient admettent ou n'admettent pas la légitimation, et il peut ou il ne peut pas l'être par tel mode selon que ces lois admettent ou n'admettent pas ce mode. Cela étant, et la loi française admettant la légitimation par mariage subséquent des père et mère, tandis que la loi anglaise ne l'admet pas, la question se réduisait donc à savoir si Georgina-Lucila, devenue depuis dame Manoury, était Anglaise ou Française lors du mariage de ses père et mère. Or il est certain qu'elle était Anglaise, puisque, comme nous l'avons expliqué dans notre commentaire de l'article 8 du Code Napoléon, l'enfant naturel qui est reconnu par ses deux auteurs suit la condition de son père et non celle de sa mère.

Il est vrai qu'une doctrine contraire est admise par M. Duranton (t. 1, n° 124) et par notre savant collaborateur M. Coin-Delisle (art. 10, n° 11), qui enseignent que, dès là qu'il n'y a pas mariage, l'enfant suit toujours la condition de sa mère, par application de cette règle romaine que, en dehors des justes noces, *partus ventrem sequitur*. Mais cette idée n'est pas exacte, et c'est avec raison qu'elle a été repoussée par les autres auteurs et par la jurisprudence.

Digitized by Google

L'idée de MM. Duranton et Coin-Delisle n'est pas exacte. Sans doute, en droit purement naturel, l'enfant né hors mariage ne suit jamais que la condition de sa mère et la suit toujours; mais il n'en est plus de même en droit civil, et chaque législateur est maître d'organiser à cet égard, comme sous tout autre rapport, telles règles qu'il juge à propos. Or tandis que le droit civil de Rome avait accepté et consacré, pour le cas où il n'y avait pas *justum matrimonium*, cette règle indiquée par la nature *partus ventrem sequitur*, notre loi civile, mieux appropriée à nos mœurs et aux besoins de la civilisation, organise un système différent et apporte une double dérogation à la maxime *partus ventrem*. Tandis que, d'après cette maxime, l'enfant se rattache à sa mère toujours et jamais à son père, d'après notre droit civil, au contraire, l'enfant né hors mariage pourra, selon les cas, ou ne se rattacher aussi qu'à la mère, ou se rattacher à tous deux, ou ne se rattacher qu'au père seul, ou enfin ne se rattacher ni à l'un ni à l'autre. C'est uniquement par la reconnaissance (volontaire, quant au père; volontaire ou judiciaire, quant à la mère) que l'enfant, chez nous, peut se rattacher légalement à ses parents ou à l'un d'eux; c'est uniquement par cette reconnaissance que sa filiation, si certaine et si manifeste qu'elle puisse être en fait, se trouve constatée et devient efficace aux yeux de la loi. En droit, l'enfant naturel n'est pas le fils de celui ou de ceux dont il est né, il est le fils de celui ou de ceux qui l'ont reconnu. L'enfant qui n'a pour lui aucune reconnaissance est, en droit, sans père ni mère connus; il ne se rattache pas plus à sa mère qu'à son père; il est étranger à la première aussi bien qu'au second; il est, aux yeux de la loi, étranger à l'une autant qu'à l'autre, il n'a pas le droit de lui succéder, il n'a pas le droit de porter son nom. La reconnaissance seule (ou le jugement qui en tient lieu pour la mère) confère, pour la loi, la qualité d'enfant; la reconnaissance seule donne à cet enfant des droits, et ces droits, ne l'oublions pas, sont absolument et toujours les mêmes, vis-à-vis de l'auteur qui a reconnu, que ce soit le père ou que ce soit la mère, peu importe.

Que devient donc la maxime *partus ventrem sequitur*?... Loin qu'on puisse ainsi dire, chez nous, que, hors mariage,

Digitized by Google

l'enfant suit sa mère, qu'il la suit toujours et ne suit jamais qu'elle, on voit, au contraire, qu'il y suit tantôt la mère, tantôt le père, tantôt tous deux à la fois, tantôt enfin ni l'un ni l'autre!

Or lorsque l'enfant naturel se rattache et au père et à la mère, parce qu'il a été reconnu par tous deux, c'est donc alors, quant à ce point, comme s'il y avait mariage entre ses deux auteurs, et c'est par conséquent, comme en mariage, la condition du père, et non celle de la mère, que cet enfant suivra. C'est ce qu'ont bien compris Delvincourt (t. I, p. 15), Rolland de Villargues (v° *Français*, n° 8), M. Dalloz (v° *Dr. civ.*, sect. 2, art. 1er, n° 14), M. Legat (p. 8), M. Valette (*sur Proudh.*, t. I, p. 122) et M. Demolombe (t. I, n° 140); et c'est aussi ce que reconnaissent les trois arrêts qui ont jugé la question plus ou moins explicitement, celui de Douai du 19 mai 1835 (Dev., 36, 2, 97; Dall., 36, 2, 66), celui de la Cour de cassation du 15 juill. 1840 (*J. P.*, 1840, 2, 488; Dall., 40, 1, 283; Dev., 40, 1, 900), et enfin celui que nous signalons ici, lequel déclare nettement que « le rapport de paternité et de filiation existant entre Georges Barritt et la dame Manoury ayant été reconnu par le père, il s'ensuit que la nationalité d'origine de ladite dame Manoury est la même que celle de son père. »

Ce premier point une fois admis, le second n'en était qu'une conséquence bien simple, puisque la dame Manoury se trouvait avoir été Anglaise lors du mariage de ses père et mère, soumise dès lors à toutes les lois personnelles anglaises, et que, d'après ces lois, l'enfant naturel n'est pas légitimé par le mariage subséquent de ses deux auteurs.

C'est donc avec grande raison que la Cour de Caen a jugé que la dame Manoury n'est ni fille légitime ni fille légitimée; et si nous avons dit plus haut que l'arrêt est parfaitement irréprochable dans sa solution, *sinon dans tous ses motifs*, c'est qu'il paraît présenter comme l'un des éléments de décision cette circonstance que le mariage de Georges Barritt et de la demoiselle Wilmitzer avait été célébré en Angleterre; que l'épouse, aux termes de l'article 19 C. Nap., avait suivi la condition de son mari, c'est-à-dire était devenue Anglaise elle-même, et qu'ainsi c'est par la loi anglaise que les effets de leur mariage avaient été

Digitized by Google

réglés. Aussi l'arrêtiste, dans son sommaire, ne voulant faire dire à l'arrêt que ce qu'il dit en effet, a-t-il eu soin, et avec raison, de l'indiquer comme jugeant que « *l'enfant naturel d'un étranger et d'une Française n'est pas légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère* EN PAYS ÉTRANGER, *quand la loi de ce pays, auquel appartient le père, n'admet pas ce mode de légitimation.*

Or ceci pourrait induire en erreur, en donnant à croire que si les deux auteurs de la dame Manoury se fussent mariés en France, cette dame eût été légitimée. Alors même que Georges Barritt et Marie Wilmitzer auraient été résidants en France, que leur fille y serait née et qu'ils s'y seraient mariés, cette fille n'en aurait pas moins été privée de la légitimation, du moment que le père était Anglais; et si, au contraire, le père avait été Français, l'enfant par cela seul aurait été légitimé, encore bien que la mère eût été Anglaise, que les deux auteurs eussent résidé en Angleterre, que leur fille y serait née et qu'ils s'y seraient mariés. C'est la conséquence logique de ce que les lois personnelles régissent les personnes en quelque lieu qu'elles soient.

2. — (CAEN, 6 MARS 1850; CAEN, 24 AVRIL 1850; CAEN, 6 JUIN 1850; MONTPELLIER, 10 MAI 1851 : *J. P.*, 1852, 2, 536.) — On doit également approuver, sauf un point important qui nous paraît avoir été mal compris, quatre arrêts rendus tant par la Cour de Caen que par celle de Montpellier, sur la question de validité des promesses de mariage et de réparation du préjudice qu'un homme a pu causer à une femme en refusant d'exécuter une telle promesse, soit qu'il y ait eu ou non entre eux des rapports intimes à la suite de cette promesse.

A. Quatre questions distinctes sont jugées à cet égard par nos quatre arrêts, qui présentent sur la dernière seulement une opposition tenant plutôt, selon nous, au mode d'expression des idées qu'aux idées elles-mêmes, et sur laquelle il nous paraît dès lors facile d'arriver à conciliation. Ces arrêts décident en effet :

1° Qu'une promesse de mariage n'est jamais obligatoire, et que son inexécution dès lors ne saurait, par elle-même, donner lieu à des dommages-intérêts;

Digitized by Google

2° Que la clause pénale ajoutée à une telle promesse est nulle comme l'obligation principale qu'elle tend à protéger;

3° Que néanmoins la personne qui, par suite d'une telle promesse, éprouve un préjudice, peut, non en conséquence directe de la promesse, puisqu'elle est nulle, mais en vertu du principe général qui oblige à réparation tout individu coupable d'un fait quelconque causant un dommage à autrui, obtenir une indemnité, pourvu qu'il s'agisse d'un préjudice touchant directement ou indirectement aux intérêts pécuniaires, et qui soit dès lors appréciable en argent;

4° Enfin, ces arrêts se divisent sur le point de savoir si, pour arriver à l'obtention des dommages-intérêts, il est permis à la femme qui se dit lésée de prouver, et au juge, de déclarer que la grossesse de cette femme a pour auteur l'homme contre qui elle agit.

Les trois premières questions ne nous paraissent pas controversables. On est d'abord parfaitement d'accord aujourd'hui pour reconnaître que toute promesse de mariage, ainsi que nous l'avons expliqué, pour notre part, au n° 562 de notre tome I (appendice qui suit l'article 564), est radicalement nulle; et on reconnaît de même, comme nous l'avons dit aussi au même numéro, que cette promesse étant nulle, il faut dès lors déclarer nulle également la clause pénale par laquelle on aurait voulu en garantir l'effet, puisque le texte formel de l'article 1227 déclare nettement que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. Il n'est pas plus douteux enfin que, malgré la nullité de la promesse, il y a lieu à dommages-intérêts quand un préjudice appréciable en argent a été causé, puisque tout individu par la faute duquel un préjudice est causé est tenu, en dehors de toute promesse, d'en fournir la réparation, aux termes des articles 1382 et 1383. Quant à la contrariété de jurisprudence que l'on pourrait signaler sur le point de savoir si l'on peut faire entrer en ligne de compte le préjudice moral ou s'en tenir seulement au préjudice matériel, la difficulté ne nous paraît pas sérieuse. Sans doute il n'y aurait pas lieu à indemnité pour le dommage qui serait exclusivement et purement moral, pour le dommage qui, comme l'explique très-bien le troisième

Digitized by Google

arrêt de Caen (celui du 6 juin), consisterait uniquement dans les blessures faites, soit à l'amour-propre, soit au cœur du futur époux délaissé, dans les atteintes portées seulement à son bonheur intime, et autres préjudices de ce genre; mais quand le préjudice allégué consiste dans l'impossibilité, par suite des atteintes portées à la considération, de se procurer une position ou un établissement avantageux que sans cela la personne pouvait obtenir, n'est-il pas évident que ce dommage doit être pris en considération? Ne voit-on pas qu'en ceci on ne contredit même pas la doctrine des arrêts qui se sont prononcés pour la nécessité d'un préjudice matériel, puisque le dommage moral dont nous parlons se traduit en effet en dommage pécuniaire? La difficulté, et la dissidence plus apparente que réelle qu'elle a fait naître, ne nous paraissent donc pas sérieuses, et tout se réduit à dire, comme nous l'avons fait plus haut, qu'il faut un préjudice portant, au moins médiatement et indirectement, sur les intérêts pécunaires, et susceptible dès lors de s'apprécier en argent.

La quatrième et dernière question est plus délicate; mais nous croyons cependant que, même ici, la difficulté gît plus dans les mots que dans les choses, qu'elle porte plutôt sur la formule à trouver pour l'expression des idées que sur les idées elles-mêmes, et qu'on peut arriver à mettre d'accord les deux systèmes qui paraissent d'abord si diamétralement opposés.

B. Peut-on admettre une femme à prouver, et est-il permis à un tribunal de déclarer que tel homme est l'auteur de la grossesse de cette femme? Évidemment non, ont dit plusieurs arrêts, et notamment, ici, le second des arrêts de Caen, puisque la loi défend, hors mariage, toute recherche de paternité, et qu'attribuer à Pierre la grossesse de Jeanne, c'est bien dire que Pierre est le père de l'enfant dont Jeanne est accouchée ou accouchera!... Évidemment oui, disent le troisième arrêt de Caen et l'arrêt de Montpellier, puis avec eux M. Demolombe (dans des observations que reproduit en note le *Journal du Palais* en rapportant nos quatre arrêts); car, d'un côté, le fait de la grossesse d'une jeune fille que l'on suppose indignement séduite par un homme est précisément le plus grave de tous ceux qui peuvent

Digitized by Google

nuire à cette jeune fille et briser son avenir, celui qui lui causera le plus grand préjudice, même pécuniairement, celui dès lors qui réclame le plus impérieusement la condamnation aux dommages-intérêts; et d'un autre côté, il n'y a point ici recherche de paternité, puisque l'action n'est intentée ni par l'enfant ni au nom de l'enfant, qui ne pourra jamais, ni dans le présent ni dans l'avenir, réclamer l'état civil d'enfant de celui qu'il s'agit de condamner.....

De quel côté est le vrai et de quel côté l'erreur, dans ces deux prétentions contraires?... Nous pensons, pour notre compte, qu'on a tort et raison de part et d'autre; qu'il y a ici deux principes également fondamentaux, également sacrés, à l'un desquels chacun des deux systèmes porte atteinte; que ces deux principes, dont chaque système viole l'un pour faire dominer l'autre, doivent et peuvent être respectés tous deux, et que la vérité légale, dès lors, n'est ni dans la première doctrine ni dans la seconde, mais dans une combinaison qui doit être faite des deux, au moyen d'une précaution que nous indiquerons plus loin.

On a tort et raison de part et d'autre : le second arrêt de Caen a raison dans la forme et il a tort au fond; M. Demolombe et l'arrêt qu'il défend ont raison quant au fond, ils ont tort dans la forme.

C. Et d'abord, on a manifestement tort de prétendre qu'une femme sera non recevable à prouver quel est l'homme qui l'a déshonorée. Supposons que dans l'affaire jugée par la première chambre de la Cour de Caen, la femme, au lieu d'avoir 27 ans, ce qui fait dire à l'arrêt *qu'elle ne pouvait se placer dans une position favorable, en invoquant sa faiblesse ou son inexpérience*, eût été une pauvre jeune fille de 16 à 18 ans, bien simple et bien naïve; supposons de plus, si l'on veut, que, malgré sa complète inexpérience, cette jeune fille, éminemment pure et vertueuse, n'eût d'ailleurs succombé que par suite d'habiles et infâmes machinations. Croit-on que, dans ce cas, les magistrats auraient eu le triste courage de la déclarer non recevable? non certes; et il est en effet bien évident qu'il eût été impossible de le faire. Mais alors que devient le prétendu principe que la fille devenue mère, et qui a perdu son honneur et son avenir, ne peut

Digitized by Google

pas prouver quel est l'auteur de son malheur? Si ce principe existe, il existe aussi bien pour la fille de 18 ans, et que son inexpérience et sa vertu rendent digne du plus haut intérêt, que pour la fille de 27 ans, dont sa maturité, son expérience et si l'on veut d'autres circonstances plus fâcheuses rendent la position peu favorable. Si l'interdiction (hormis le cas de ravissement) de toute constatation judiciaire de paternité naturelle s'oppose à la recevabilité de l'action d'une femme dans notre hypothèse, elle s'y oppose pour toutes femmes, quel que soit leur âge et quelles que soient les autres circonstances de leur position. Elle s'y oppose toujours ou elle ne s'y oppose jamais; et puisqu'on est bien forcé d'admettre que si les circonstances étaient favorables, il n'est pas un tribunal en France qui pût avoir l'idée de déclarer l'action non recevable, c'est donc que cette interdiction n'a pas les conséquences qu'on lui prête.

D. Ce premier système a donc tort dans le fond; mais dans la forme, et en se tenant à la formule mal à propos adoptée de part et d'autre, c'est lui qui a raison, et ses adversaires ont tort à leur tour. Comment! la seconde chambre de la Cour de Caen, M. Demolombe, et la Cour de Montpellier prétendent que la fille-mère pourra prouver, et que les tribunaux pourront juger, *que sa grossesse est l'œuvre de tel homme*, que c'est cet homme *qui l'a rendue mère!...* On en donne pour raison que la preuve ici n'est pas faite au profit de l'enfant, et qu'il ne s'agit que d'une action en dommages-intérêts, non d'une action en réclamation d'état. Mais on n'y a pas réfléchi; car la différence entre les deux actions fait précisément que l'action purement pécuniaire de la mère est encore moins admissible que ne le serait l'action pécuniaire et morale de l'enfant!... Comment! quand la loi, même pour ce pauvre enfant qui est, lui, si complétement innocent (d'une faute à laquelle la mère a bien toujours participé quelque peu), et alors qu'il s'agit pour lui de sa fortune, de son état, de sa position sociale; quand la loi, malgré tout ce qu'il y a de sacré dans la réclamation de cet enfant demandant à la société son père, ne croit pas devoir s'apitoyer et refuse toute constatation de paternité, si énergique et si certaine que soit la preuve offerte, voilà que cette même loi permettrait cette preuve et cette constatation

Digitized by Google

judiciaire de la paternité au profit d'un autre que cet enfant, et pour un intérêt purement pécuniaire!... Encore une fois, on n'y a pas réfléchi. Pourquoi en effet, dans quel but, par quel motif, notre Code refuse-t-il à l'enfant le droit de faire constater quel est son père, alors même qu'il aurait à cet égard les preuves les plus irrécusables? Pourquoi, à la différence de l'ancien droit, tient-il si rigoureusement (comme le juge l'arrêt des Requêtes de 1848, que M. Demolombe invoque pour sa doctrine, mais qui se retourne contre elle) à ce que la paternité naturelle ne puisse être indiquée qu'au seul moyen d'une déclaration authentique passée par le père lui-même *dans le but de se rattacher l'enfant*, sans qu'elle puisse jamais, comme le peut la maternité, être constatée par un jugement? Pourquoi, sinon pour voiler partout et quand même (hormis le cas où le père lui-même entend qu'il en soit autrement) ces paternités naturelles dont la loi regarde la discussion et la divulgation comme contraires aux intérêts de l'ordre public et à la tranquillité de la société. Et ce que la loi ne permet pas *à l'enfant lui-même*, dans le but d'obtenir la constatation de *son état civil*, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus important au monde, elle le permettrait *à d'autres* dans le but d'obtenir *une somme d'argent!* Ce qu'elle refuse à l'intérêt même le plus sacré, elle l'accorderait à l'intérêt le plus mesquin! Assurément non : ce n'est pas seulement à l'enfant et quant à la question d'état que l'article 340 interdit la preuve de la paternité, il l'interdit d'une manière absolue, à tout le monde, et sous tous rapports. C'est ce qui résulte, et de l'esprit de la loi, comme on vient de le voir, et de son texte même, puisque l'article ne dit pas, dans un sens relatif, que *la recherche de la paternité est interdite* POUR L'ENFANT, mais dit, au contraire, de la manière la plus absolue que *la recherche de la paternité* EST INTERDITE. C'est d'ailleurs un point constant en jurisprudence, comme on peut le voir, notamment, par ces arrêts : Cassation, 19 vendémiaire an VII; Cassation, 3 vent. an XI; Cassation, 26 mars 1806; Paris, 6 juin 1809; Cassation, 14 mai 1810; Rejet, 14 mai 1811; Bastia, 3 février 1834; Toulouse, 15 avril 1834.

L'arrêt de Bastia de 1834 sur lequel nous reviendrons bientôt, et ceux de la Cour suprême de l'an VII, de l'an XI et de 1806,

Digitized by Google

sont surtout très-remarquables. Il s'agissait précisément dans chacun des trois derniers, comme dans le troisième arrêt de Caen approuvé par M. Demolombe, d'une fille-mère qui avait actionné un individu pour le faire déclarer l'auteur de sa grossesse et le faire condamner comme tel : 1° à alimenter l'enfant, 2° et à payer un certain chiffre de dommages-intérêts, plus les frais de couche. Les juges de première instance et d'appel avaient accueilli cette demande. Dans chaque espèce, les juges du fait avaient eu soin de dire, comme le fait aujourd'hui M. Demolombe, qu'il ne s'agissait nullement d'une question d'état, qu'on ne donnait à l'enfant ni la constatation légale de sa filiation, ni aucun droit successif vis-à-vis de l'auteur de la grossesse de sa mère, et qu'il s'agissait tout simplement de sommes à payer, tant pour indemniser la mère que pour alimenter l'enfant : c'était absolument et identiquement les mêmes idées que celles du jugement confirmé par la seconde chambre de la Cour de Caen, jugement qui a condamné le sieur Burée à payer à la fille L. : 1° une somme de... tant pour indemnité du tort à elle causé que *pour sa part dans la nourriture et entretien de son enfant;* 2° et une somme annuelle de... *pour l'entretien et l'éducation de cet enfant* jusqu'à sa quinzième année ou jusqu'à sa mort! Bien mieux, de même que la Cour de Caen, en confirmant ce jugement, a pris soin (ce qui, selon M. Demolombe, met son arrêt à l'abri de toute espèce de reproche) d'expliquer que cette indication d'emploi et de termes de payement n'empêche pas que le tout ne soit *une indemnité accordée à la mère*, et non *une pension alimentaire attribuée à l'enfant;* de même, dans l'espèce de l'an VIII, les juges d'appel avaient eu soin aussi de faire une précision ou correction semblable; et, beaucoup plus explicites et énergiques que les magistrats de Caen, ils avaient formellement jugé que la sentence frappée d'appel, en condamnant le défendeur *à fournir à l'entretien et éducation de l'enfant*, avait *violé le principe prohibitif de la recherche de paternité*, ils l'avaient en conséquence INFIRMÉ ; puis, jugeant de nouveau, ils avaient condamné l'appelant à payer la même somme au seul titre *de dommages-intérêts envers la mère*, comme auteur de sa grossesse. Or que fit, sur le pourvoi, la Cour de cassation? elle fit ce qu'elle devait faire :

Digitized by Google

elle déclara qu'une demande en dommages-intérêts fondée, par une fille, sur le préjudice que lui cause sa grossesse, reposant sur le même fait qu'une demande en déclaration de paternité, à savoir, sur ce fait *indivisible*, que l'homme auquel elle s'attaque est *l'auteur de la grossesse*, il s'ensuit que l'inadmissibilité de la seconde demande emporte l'inadmissibilité de la première; que par conséquent, quoique les juges d'appel eussent rendu hommage au principe que la recherche de la paternité est interdite, ils n'avaient pas moins violé ce même principe, en accordant des dommages-intérêts contre un homme, comme auteur d'une paternité qu'il déniait.

Et en effet, quoi de plus évident que cette proposition?

Ce que le Code entend et déclare prohiber dans l'article 340, ce n'est pas seulement l'attribution à l'enfant naturel de son état civil envers son père, ou la jouissance des droits successifs, ou telle autre conséquence de la paternité, c'est la constatation de la paternité elle-même. La loi met hors de preuve, non pas seulement les conséquences du fait, mais le fait en lui-même; elle ne parle même pas de ces conséquences, elle ne signale que le principe, et c'est par l'exclusion de ce principe que les conséquences se trouvent elles-mêmes exclues. Toute *recherche de paternité* est interdite..... Ainsi, c'est le fait même de la paternité naturelle qui ne peut être ni déclaré par le juge ni prouvé par une partie, et il y a dès lors violation de la loi dans tout jugement qui (autrement que sur un acte régulier de reconnaissance volontaire) laisse prouver et proclamer cette paternité, quelle que soit la conséquence en vue de laquelle interviennent la preuve et la déclaration judiciaire : qu'il s'agisse seulement d'attribuer des dommages-intérêts à la mère, ou qu'il s'agisse d'accorder à l'enfant, soit une pension alimentaire, soit des droits successifs, soit l'établissement de son état civil, il importe peu; du moment et par cela seul qu'il y a preuve et proclamation de la paternité naturelle, il y a violation de la loi.

Mais si ce premier point, que la seconde chambre de Caen et la Cour de Montpellier n'ont pas osé contester, est en effet évident, n'est-il pas évident au même degré que c'est prouver la paternité d'un homme vis-à-vis d'un enfant que de prouver que

Digitized by Google

cet homme est celui qui a rendu telle femme mère de cet enfant? Ceci n'est-il pas clair comme le jour, et est-il possible d'accepter cette étrange proposition de l'arrêt de Montpellier : Considérant qu'il ne s'agit pas dans la cause de rechercher *si Saysset est le père de l'enfant dont la fille M. est accouchée*, mais seulement de savoir *si la grossesse de la fille M. était l'œuvre de Saysset?...* Comment!... vous venez me dire sérieusement qu'on ne pourrait pas, à la vérité, prouver que *je suis le père*, mais qu'on peut fort bien prouver que *c'est de mes œuvres que la mère est enceinte*, que *c'est moi qui suis l'auteur de sa grossesse!*

De pareilles idées ne se discutent pas, et quoi qu'aient dit le troisième arrêt de Caen, celui de Montpellier et M. Demolombe, il reste constant, de par la raison comme de par les arrêts de la Cour de cassation, que toute recherche de paternité naturelle étant interdite, dans quelque but qu'elle soit faite, et le point de savoir quel homme est le père de l'enfant de telle fille étant précisément et identiquement le point de savoir quel homme a rendu cette fille mère de cet enfant, il est interdit dès lors de rechercher, de prouver et de proclamer, dans quelque but que ce soit, quel homme est l'auteur de la grossesse d'une fille.

E. Ainsi donc, et pour rappeler ici les deux idées pour l'établissement desquelles une assez longue discussion nous a été nécessaire, on voit que, malgré l'apparente contradiction de ces deux propositions, on aurait tort d'écarter par une fin de non-recevoir absolue la fille qui vient demander des dommages-intérêts à l'homme qui l'a rendue mère, et que néanmoins on aurait tort aussi d'admettre cette fille à prouver en termes propres que cet homme l'a rendue mère : on aurait tort d'un côté pour le fond, on aurait tort de l'autre dans la forme; on méconnaîtrait d'un côté la portée du grand principe de justice posé dans les articles 1382 et 1383, et on violerait de l'autre le principe de l'article 340. Ce qu'il faut ici, c'est la combinaison de ces deux principes et un sage milieu entre les deux systèmes ci-dessus critiqués, au moyen d'une précaution de langage dont nous trouvons un exemple remarquable dans l'arrêt précité de la Cour de Bastia du 3 février 1834. Cette précaution sera de laisser ici passer les faits sans leur donner leur qualification propre, d'ad-

Digitized by Google

mettre les choses en écartant les mots : pleine latitude pour les choses que les juges examineront et apprécieront dans tous leurs détails pour attribuer consciencieusement à la victime toute la réparation qui peut lui être due, conformément à l'article 1382 : extrême réserve dans les termes, de manière à ne rien écrire dans les pièces de la procédure et surtout dans le jugement qui contienne une attribution de paternité, l'article 340 ne le permettant pas. On parlera de la séduction de la fille par l'homme, des rapports intimes qui ont existé entre eux, de la perte de considération que cet homme a causée à la femme, de l'avenir dont il l'a privée, des préjudices qu'il lui a causés ; mais on aura soin de ne préciser nulle part que c'est lui qu'il l'a rendue mère, que c'est de ses œuvres qu'elle était enceinte, que c'est lui qui a été l'auteur de sa grossesse, attendu que de telles précisions ne sont rien autre chose que des affirmations de paternité.

Nous disons que la Cour de Bastia, dans son arrêt de 1834, a fait une remarquable application de ces idées. Un misérable, abusant de la simplicité d'une honnête famille de la Corse, plus pieuse qu'éclairée, lui avait fait croire que le mariage religieux était le seul nécessaire et vraiment efficace, que le mariage civil n'était qu'une formalité qui n'avait rien d'indispensable ; et après avoir conduit à l'autel, où le curé, soit par ignorance, soit par complicité, leur donna la bénédiction nuptiale, une pauvre jeune fille qu'il rendit ensuite mère, il l'abandonna bientôt pour contracter avec une autre femme un mariage légalement formé. La femme délaissée dirigea contre celui qu'elle avait cru son époux une demande en dommages-intérêts pour elle et en pension alimentaire pour son enfant. Le tribunal de Bastia, saisi de la question, jugea en ces termes, qui eussent pu servir de guide aux arrêts de Caen et de Montpellier : « Attendu que, d'après l'article 1382, tout fait quelconque de l'homme qui cause » à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est » arrivé à le réparer ; — attendu que, *sans rechercher si l'enfant que la demoiselle F. a mis au jour est le fruit de l'union » qu'elle a pu croire légitime*, le sieur R. n'a pu disconvenir que » le bruit de son mariage était généralement répandu, et que ce » bruit cause à la demoiselle F. un dommage réel ; — attendu

Digitized by Google

» que, d'après l'article 340, C. civ., la recherche de la paternité » est interdite; que par conséquent la demande en aliments, for- » mée par la demoiselle F. pour l'enfant dont elle est accouchée, » n'est pas fondée et la preuve non recevable.... Par ces motifs, » et sur les conclusions conformes du ministère public, le tribu- » nal condamne le sieur R. au payement de 5,000 fr. de dom- » mages-intérêts, déclare non recevable la demande en aliments. » — Sur l'appel, la Cour, adoptant les motifs des premiers juges, » confirme. »

C'est ainsi également que la Cour de cassation, dans une espèce où les juges du fait, quoiqu'en rédigeant l'ensemble de leur sentence avec beaucoup de circonspection, avaient cependant eu le tort de laisser encore échapper dans un de leurs motifs que la demanderesse avait été *rendue mère* par suite des fréquentations du défendeur, a eu grand soin de ne rien dire de semblable ni d'équivalent dans son arrêt de rejet, et de motiver sa solution sur ces motifs, parfaitement juridiques : « Attendu que » l'unique question soumise aux juges d'appel était de savoir si L. » avait causé à la fille B. un préjudice qu'il fût tenu de réparer; » — Attendu qu'il est constaté par l'arrêt que L. a délaissé la » fille B. *après l'avoir séduite*, et qu'il est la seule et unique » cause du dommage considérable qu'elle éprouve. » (Rej., 24 mars 1845; *J. P.*, 1845, t. II, p. 521.)

Ces deux arrêts de la Cour de Bastia et de la Cour suprême indiquent aux magistrats le moyen qu'ils ont, en pareille circonstance, d'appliquer le principe de l'article 1382 sans violer celui de l'article 340.

3. — (Douai, 20 juill. 1852; *Dev.*, 52, 2, 678.) — La Cour de Douai, dans cette même matière de la filiation naturelle, décide ici deux questions très-controversées l'une et l'autre, mais dont la première, toutefois, paraît désormais irrévocablement fixée (et conformément aux vrais principes, selon nous), tandis que la seconde est on ne peut plus délicate, et de nature à laisser subsister longtemps encore les hésitations et les contradictions de la doctrine et de la jurisprudence.

Un enfant naturel, après avoir constamment porté le nom de la femme que le médecin, dans l'acte de naissance, avait in-

Digitized by Google

diquée comme sa mère, et avoir toujours été traité par elle comme son enfant, est mort du vivant de celle-ci laissant quelques biens, et la mère, qui avait toujours pensé que l'indication de l'acte de naissance, jointe à la possession d'état qu'elle avait donnée à son enfant, suffisait pour établir légalement la filiation, eut soin néanmoins, sans doute sur l'avis qui lui en fut alors donné par ses conseils, d'ajouter à ces circonstances un acte formel de reconnaissance de l'enfant décédé, pour empêcher plus sûrement sa succession de passer à l'État. Mais l'administration des domaines n'en réclama pas moins cette succession, sur le fondement que la qualité de mère naturelle du défunt n'était pas légalement établie.

L'affaire présentait donc les deux questions de savoir : 1° si la possession d'état fait preuve de la filiation naturelle; 2° et en cas de solution négative sur ce premier point, si un enfant naturel peut légalement être reconnu après sa mort.

La première question nous paraît désormais épuisée, et sa solution négative pleinement inébranlable. Les suprêmes efforts faits, dans cette *Revue* même, par M. Demolombe, alors notre collaborateur, pour soutenir l'affirmative, ont été, nous le croyons du moins, nettement réfutés et retournés contre la thèse de l'honorable professeur de Caen, dans les deux articles que nous avons écrits à ce sujet; et en présence des arguments que nous avons développés sur ce point, en présence surtout de l'adhésion si complète (et si précieuse pour nous) qui leur a été donnée devant la Cour suprême, lors de l'arrêt du 17 février 1851, par l'organe du ministère public, et de la cassation qui l'a suivie, on doit regarder comme étant désormais hors de discussion l'insuffisance de la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle (*Rev. crit.*, t. I, p. 151, 641, 662, 725; Dev., 1851, 1, 161-167).

Ainsi l'a pensé aussi la Cour de Douai dans le nouvel arrêt que nous signalons; et dans sa volonté d'admettre la mère à la succession de l'enfant, elle a préféré le faire au moyen de la seconde idée, celle de l'efficacité de la reconnaissance posthume, si douteuse qu'elle soit, en avouant formellement que les faits de possession, si complets qu'ils fussent dans l'espèce, ne pou-

Digitized by Google

vaient que prouver la sincérité de cette reconnaissance, et demeuraient *inefficaces pour consacrer par eux-mêmes la maternité naturelle.*

Mais si cette première solution est exacte, la seconde l'est-elle également? Est-il vrai que, dans le système du Code, l'enfant naturel qui n'a pas laissé de postérité peut néanmoins être reconnu après son décès? La question nous a toujours paru très-délicate, si délicate que, bien qu'elle se soit présentée cinq fois à nous pour les cinq éditions de notre *Explication du Code*, nous n'avons jamais osé la résoudre, ne trouvant ni dans un sens ni dans l'autre de suffisants éléments de décision, et attendant toujours, mais inutilement jusqu'ici, que quelque arrêt ou le travail de quelque autre jurisconsulte vînt nous aider à fixer nos hésitations à cet égard, et jeter quelque lumière sur le point *unique* dans lequel se trouve, à nos yeux, toute la difficulté.

Cinq objections ont été faites contre la reconnaissance d'un enfant naturel mort sans postérité; mais une seule d'entre elles, si graves que puissent paraître les autres, nous a toujours arrêté. C'est celle qui consiste à dire que, la reconnaissance ayant pour objet nécessaire et essentiel de constater la filiation de l'enfant, *d'établir son état*, soit pour lui, soit pour sa descendance, il s'ensuit que quand on n'a plus ni l'enfant ni aucun descendant de lui, la reconnaissance est dès lors impossible, puisque son objet essentiel ne peut plus se réaliser, et qu'il n'y a même plus de sujet sur lequel elle puisse porter, auquel elle puisse s'appliquer..... M. Demolombe (t. V, n° 416), le seul auteur, à notre connaissance, qui ait traité la question d'une manière logique, et le seul aussi qui se prononce pour la possibilité de la reconnaissance, répond d'une manière satisfaisante aux autres objections; mais celle que nous venons d'indiquer, et qui est la seule qui nous ait toujours paru embarrassante, est précisément celle à laquelle sa réponse nous paraît insuffisante. Il se contente de dire (p. 394) que les rapports de filiation, quoique brisés par la mort de l'une des deux personnes entre lesquelles ils existaient, peuvent néanmoins se prouver encore, puisqu'un enfant peut encore rechercher la maternité après la mort de sa mère... Cette réponse ne nous paraît pas concluante, et M. Demolombe

Digitized by Google

n'a pas ici remarqué la différence qui existe entre les deux cas qu'il assimile. La mort de l'auteur naturel ne supprime pas, comme celle de l'enfant, ni le sujet sur lequel la constatation doit porter et s'appliquer, ni l'objet essentiel auquel tend cette constatation. Après comme avant la mort d'un auteur, soit naturel, soit légitime, il y a toujours même intérêt, même importance et même possibilité à rechercher si tel enfant descend de lui, et s'il est son enfant naturel ou son enfant légitime, tandis qu'il n'en est pas ainsi dans le cas inverse. Est-ce que nous n'existons pas autant et plus même par le passé que par le présent; est-ce que nous ne vivons pas autant par nos ancêtres morts que par nos parents vivants; est-ce que ce n'est pas par mon père, mort ou vivant, peu importe, que je suis ce que je suis; et la qualité de ce père, aussi bien quand il est mort que quand il vivait, ne sera-t-elle pas toujours le principe de ma qualité propre, ne me faudra-t-il pas m'y référer partout et toujours, ma condition et celle de ma descendance actuelle ou future ne dépendent-elles pas de lui malgré sa mort; et au contraire, la survenance d'un enfant qui disparaît ensuite sans rien laisser derrière lui, n'est-elle pas sans influence sur l'état et la condition des auteurs dont il descendait? Le présent et l'avenir dépendent du passé, mais le passé ne saurait dépendre de l'avenir ni du présent; le passé, c'est la cause, le présent et l'avenir sont l'effet; et on ne peut dès lors pas conclure du droit qu'a l'enfant, tant pour lui-même que pour sa descendance actuelle ou possible, de faire constater que telle femme, quoique décédée, était sa mère, le droit pour la femme de faire constater que tel enfant, mort sans représentants, était son fils. Les deux cas, encore une fois, ne sont nullement semblables.

Mais si l'argument de M. Demolombe ne nous paraît pas décisif, ce n'est pas une raison pour rejeter sa conclusion, et nous devons avouer, au contraire, que nous inclinons fort à l'admettre. S'il est vrai, en effet, que la reconnaissance est surtout organisée par la loi dans l'intérêt de l'enfant, on ne peut cependant nier qu'elle s'accomplit aussi dans l'intérêt de l'auteur; en donnant au premier la qualité d'enfant, elle donne au second celle de père ou de mère, et si elle confère des droits successifs

Digitized by Google

à l'un, elle en confère également à l'autre. La reconnaissance a donc *un objet* qui concerne l'auteur en même temps que l'enfant; et comme, d'un autre côté, l'auteur en est aussi *le sujet* en même temps que cet enfant, puisqu'elle s'applique à l'un comme à l'autre (la qualité d'enfant ne pouvant pas subsister sans qu'on ait en regard celle de père ou de mère), il s'ensuit que la reconnaissance, en définitive, ne manque pas plus *d'objet* ou *de sujet* quand c'est la mère qui agit après la mort de son enfant décédé sans postérité, que quand c'est l'enfant qui réclame après la mort de sa mère.

Et du moment qu'on admettra la validité de la reconnaissance posthume, il ne devra pas y avoir ensuite d'embarras pour les effets à lui attribuer, et nous ne comprenons pas, pour notre part, les distinctions qu'ont imaginées à cet égard quelques auteurs et arrêts. Ou bien la reconnaissance posthume est nulle, et elle ne produira dès lors aucun effet, ou bien elle est valable, et elle produira les effets ordinaires de la reconnaissance : c'est tout l'un ou tout l'autre. Or nous pensons, en définitive, qu'il n'y a pas de motif suffisant pour la déclarer nulle, et qu'on doit dès lors l'admettre, sauf bien entendu le droit, pour toute partie intéressée, de venir la critiquer, et le soin que devront apporter ici les magistrats à rechercher scrupuleusement si elle est sincère.

Il nous paraît donc que l'arrêt de la Cour de Douai doit être approuvé sur cette seconde question comme sur celle de la possession d'état.

4. — (Cass. 21 déc. 1852; *Dall.*, 52, 1, 314.) — Si nous avons cru, avec hésitation toutefois, devoir approuver cette solution de la Cour de Douai, c'est au contraire sans hésitation aucune que nous approuvons l'arrêt par lequel la Cour suprême, en cassant un arrêt contraire de la Cour de Toulouse, décide que la prohibition faite au tuteur de se rendre adjudicataire des biens de son pupille ne peut pas s'étendre au subrogé tuteur. Il est vrai que la question divisait les auteurs et les arrêts, que décidée par arrêt de Bordeaux du 30 mai 1840, et par plusieurs auteurs, dans le sens de la faculté d'acheter, elle l'avait été dans le sens contraire par un arrêt de Riom du 25 février 1843, et par M. Troplong dans son commentaire de la vente (Dall., 40, 2, 196; 43,

Digitized by Google

2, 147; Dev., 40, 2, 367; 43, 2, 317; *J. P.*, 44, 1, 314; Troplong, *Vente*, t. I, n° 187). Mais nous n'avons pas balancé, dans notre Explication de l'article 1596, à déclarer cette dernière doctrine inexacte.

« Il s'agit, avons-nous dit, d'une incapacité, disposition dérogatoire au droit commun, disposition dès lors qui doit s'appliquer restrictivement, sans pouvoir s'étendre des cas prévus par la loi aux cas qui s'en rapprochent sans être identiques. Or il n'y a pas parité de position entre un tuteur et un subrogé tuteur. En vain on dit que la prohibition serait ici très-utile : c'est là une raison en législation et quand il s'agit de faire la loi, mais ce n'en est plus une en droit et quand il s'agit d'appliquer la loi telle qu'elle est faite. C'est ainsi que M. Troplong lui-même, sous l'article précédent (1595), tout en reconnaissant qu'on eût bien fait d'étendre aux créances du mari sur sa femme antérieures au mariage, ce que la loi dit des créances nées du contrat, décide avec raison que l'extension n'ayant pas été faite par le législateur, l'interprète ne saurait la faire. Comment donc veut-il admettre ici cette extension? »

C'est dans ce sens que la Cour suprême, sur les conclusions conformes et très-remarquables de M. l'avocat général Rouland, vient de décider la question, qui se présentait pour la première fois devant elle. Considérant, avec raison, que tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter, aux termes de l'article 1594; que si les articles 450 et 1596 défendent aux tuteurs de se rendre adjudicataires des biens dont ils ont la tutelle, cette interdiction n'a pas été appliquée au subrogé tuteur....., la Cour *casse* l'arrêt attaqué.

5. — (Req. 1er déc. 1851; *J. P.*, 1852, 2, 513.) — Si nous revenons ici sur un arrêt, que nous avons eu déjà dans cette *Revue* l'occasion de signaler à nos lecteurs, et qui proclame si nettement l'aliénabilité de la dot mobilière, ce n'est pas pour reproduire de nouveau les arguments, selon nous décisifs, qui se présentent à l'appui de cette thèse; car nous croyons les avoir suffisamment développés, puis résumés à différentes reprises (notamment en répondant à M. Bellot des Minières dans notre *Examen de mars* 1852), et nous nous contentons de renvoyer à

Digitized by Google

cet égard au t. Ier de cette *Revue*, p. 602 et 622, et au t. II, p. 206 et 458.

Mais en rencontrant ici cet arrêt dans le *Journal du Palais*, nous le trouvons accompagné d'une longue dissertation dans laquelle notre collaborateur et ami, M. Pont, combat vivement notre doctrine et s'efforce à son tour, comme M. Bellot des Minières l'avait fait quelque temps auparavant, de restaurer le prétendu principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, si énergiquement condamné par les derniers arrêts de la Cour de cassation. Les arguments de l'honorable magistrat sont trop spécieux, l'un d'eux surtout repose sur une assertion qui, si elle était justifiée, compromettrait trop gravement la thèse que nous défendons, pour qu'il nous soit permis de laisser passer sa critique sans observation.

Nous devons d'abord repousser, pour notre compte, le reproche que M. Pont adresse en débutant à la plupart de ceux qui ont abordé cette thèse, soit pour l'attaquer, soit pour la défendre, de s'être inspirés avant tout de leur répulsion ou de leur sympathie pour le régime dotal; en sorte que, si les adversaires de ce régime sont arrivés à repousser l'inaliénabilité des meubles dotaux, ce serait surtout parce que les entraves de la dotalité leur apparaissaient comme un mal, et en consultant ainsi, sciemment ou à leur insu, leurs goûts personnels bien plutôt que la véritable pensée de la loi, disposition d'esprit bien fâcheuse en effet et qui ne pouvait manquer de produire des exagérations qu'aurait fait éviter l'étude plus scrupuleuse des principes légaux. Peut-être notre honorable collaborateur eût-il pu ne pas nous faire l'honneur de nous placer à cet égard en première ligne, au point de nous citer souvent *seul*, pour des propositions qu'un homme bien plus éminent, M. Troplong, *avait soutenues comme nous et avant nous* (notamment *J. P.* 1852, 2, p. 516, 2e col., 2e alin., et 517 au haut de la 2e col.); peut-être devions-nous craindre moins que certains autres auteurs ce reproche de restreindre les effets logiques d'un principe par suite de notre peu de sympathie pour ce principe, nous dont on a dit que « l'une des qualités les plus remarquables de son ouvrage, c'est le scrupule et le zèle que met l'auteur, *même quand la pensée de la loi lui paraît défectueuse*,

Digitized by Google

à la défendre contre toutes déviations arbitraires; » et qui naguère encore, précisément sur cette matière de la dotalité, soutenions dans cette Revue (*suprà*, p. 84-86), tout en déclarant franchement que nous regardons le régime dotal comme funeste à tous égards, une doctrine pour l'admission de laquelle, au dire de M. Troplong, il faudrait être *ultrà-dotaliste!*... Ultrà-dotaliste et donnant à la dot, au dire de M. Troplong, des effets exagérés; anti-dotaliste et refusant à la dot, au dire de M. Pont, ses effets logiques, ce sont deux qualifications qui nous consolent l'une de l'autre, et dont le rapprochement peut nous faire espérer d'être dans le vrai. Au surplus, là n'est pas la question, et nous passons aux principaux arguments de M. Pont.

Le premier, le plus grave, et nous pourrions peut-être dire le seul vraiment grave (car les autres ne sont guère que la reproduction d'idées auxquelles M. Troplong et nous avions déjà répondu), consiste à dire que, d'après le droit romain lui-même, la dot mobilière avait fini par être inaliénable, et que Justinien, après avoir apporté au régime de la dot de si importantes modifications et augmentations, avait couronné son œuvre en prononçant dans la *Novelle* 61 l'extension aux meubles eux-mêmes de l'inaliénabilité qui n'avait été admise jusque-là que pour les immeubles, que du moins telle était l'opinion commune des commentateurs au XVe siècle, comme le prouvent bien et le passage où Wesenbach, en adoptant personnellement cette doctrine, ajoute *ut plerique existimant*, et aussi les termes mêmes dans lesquels Vinnius repousse cette opinion, termes qui indiquent un système très-répandu... Certes, si en effet l'inaliénabilité de la dot mobilière avait été admise dans le dernier état du droit romain, ce serait chose bien grave et qui pourrait nous convertir par elle seule au système que nous combattons. Mais il n'en est rien; et nous ne nous attendions pas à voir cette fausse opinion, que le rétablissement des études sous Cujas avait fait disparaître, exhumée aujourd'hui par un écrivain aussi judicieux que M. Pont. Il est très-vrai qu'elle a existé et qu'elle a été professée, sinon par de nombreux commentateurs, au moins par Wesenbach. Cet auteur nous dit nettement que Justinien avait étendu l'inaliénabilité *ad provinciales etiam fundos et ad res etiam mobiles quæ servando servari possunt;* mais

Digitized by Google

quant aux mots *ut plerique existimant*, nous n'en avons, pour notre compte, trouvé nulle part la justification ; et Vinnius, que M. Pont indique comme s'exprimant en termes qui prouvent que l'opinion qu'il combat avait été professée par bien d'autres que Wesenbach, ne parle, au contraire, que de Wesenbach tout seul. Voici sa phrase : ***Errat vero procul dubio Wesenbecius, contendens maritum non alias res mobiles alienare posse quam quæ servando servari nequeunt. Longe enim plus juris***, etc... (liv. II, tit. 8).

Au surplus, quel qu'ait été, il y a quatre siècles, le nombre de ceux qui ont admis cette idée, il est bien constant que c'était une méprise, et on en trouve trois preuves pour une dans la *Novelle* elle-même. « Dans cette *Novelle*, dit M. Pont, qui eut pour objet de soumettre à l'inaliénabilité les immeubles compris dans la donation *propter nuptias*, et n'admit d'exception que pour le cas où la femme, après avoir consenti à l'aliénation, réitérerait son consentement deux ans après, Justinien termine en ces termes remarquables : ***Et multo potius hæc in dote valebunt***, SI QUID DOTIS ALIENETUR : ***Jam enim hæc sufficienter delimata atque sancita sunt.*** Ici ce n'est plus *de rebus soli* que parle le législateur ; il dit d'une manière générale *si quid* DOTIS *alienetur*, et par là disparaît la distinction entre la dot mobilière et la dot immobilière.... » Nous ne saurions accepter cette conclusion, qui, nous l'avons dit, se réfute trois fois pour une. — Et d'abord, n'est-il pas bien évident que ce n'est pas ainsi par une seule phrase, par un seul mot, qu'un législateur aussi verbeux, aussi prolixe, aussi abondamment discoureur que Justinien, aurait introduit une pareille innovation? N'est-il pas certain que, s'il eût voulu faire un tel changement, il eût écrit de longues phrases pour expliquer copieusement en quoi ce changement consistait, et les motifs qui l'y avaient déterminé, et les précieux effets qui en résulteraient, comme il le fait ici même pour la donation propter-nuptiale, et qu'il ne se serait pas contenté des mots *si quid dotis* pour une règle qui eut été toute une révolution? — D'un autre côté, le reste même de la phrase ne nous dit-il pas assez nettement qu'il ne s'agit pas le moins du monde de cette profonde innovation, mais bien de la continuation des précé-

Digitized by Google

dentes règles sur l'aliénation et l'hypothèque des immeubles dotaux : *Jam enim hæc sufficienter delimata atque sancita sunt;* tout cela, nous dit-il, *a été abondamment expliqué et réglé?* Et le *multo potius* qui précède ne jette-t-il pas le dernier jour sur sa pensée? « On ne pourra pas aliéner ni hypothéquer les immeubles de la donation propter-nuptiale; *à plus forte raison* en sera-t-il de même pour la dot, ainsi qu'il *a été bien suffisamment expliqué et réglé.* » Comment est-il possible de voir là l'extension de la défense d'aliéner et d'hypothéquer à la dot mobilière? — Une troisième et dernière preuve se trouve dans l'objet même de la *Novelle*, dans sa rubrique, dans tout son ensemble. De quoi s'agit-il? il s'agit, ainsi que Justinien le dit, l'explique et le répète, d'une manière fort abondante, fort longue et fort ennuyeuse, selon sa coutume, de déclarer que les biens provenus de la donation propter-nuptiale seront désormais inaliénables, sauf telle exception, pour ce qui sera immeuble, *si quis... scripserit donationem, in qua etiam aliquid immobilium est;* puis il ajoute : *à plus forte raison, ce sera de même pour la dot, ainsi qu'il a été précédemment établi et expliqué.* Or, puisqu'il en sera pour la dot de même que pour la donation, et que la défense d'aliéner ou d'hypothéquer n'est portée pour celle-ci que quant aux immeubles, ce n'est donc que des immeubles qu'il s'agit aussi dans l'autre....

L'espace nous manque et nous ne pouvons plus que toucher à grands traits les autres objections, qui, du reste, nous l'avons dit déjà, ne sont que la reproduction d'arguments déjà réfutés; — M. Pont cite les coutumes d'Auvergne, de Normandie, la jurisprudence des parlements de Bordeaux, de Toulouse, du Languedoc, de la Provence, etc.; mais c'est toujours pour constater, malgré lui, les tiraillements, les obscurités, les indécisions et les contradictions provenant des restes de l'ancienne doctrine réfutée par Cujas, et pour nous apprendre que LA FEMME ne pouvait aliéner (ce que nous disons nous-même); mais que quant au MARI, une foule d'arrêts lui permettaient l'aliénation! Or qu'est-ce qu'un prétendu bien *inaliénable* qu'une certaine personne *peut aliéner*? — Voyez les travaux préparatoires, nous dit ailleurs M. Pont, ne parlent-ils pas partout de *la dot*, de l'inaliénabilité

Digitized by Google

de la dot, de la conservation *de la dot?* Oui, mais ne parlent-ils pas partout aussi, en même temps, du principe protecteur *de la loi Julia;* et la loi *Julia* n'est-ce pas la restriction du principe aux immeubles? Puis, à part même l'article 1554, siége de la matière, la rubrique de cette section du Code n'est-elle pas assez significative? Pourquoi cette rubrique porte-t-elle une distinction, une division, pour nous parler séparément et successivement *des Droits du mari* SUR LES BIENS DOTAUX, *et de l'Inaliénabilité* DU FONDS DOTAL? — M. Pont parle de l'importance *récente* des fortunes *mobilières;* mais cet ordre d'idées est une nouvelle condamnation de sa thèse. Est-ce qu'il n'est pas constant que les rédacteurs du Code, à tort ou à raison, ne se sont *nulle part* préoccupés de la protection et conservation de cette nature de biens : ni dans la tutelle pour l'aliénation des biens des mineurs, ni dans la vente pour la rescision des ventes à vil prix, jamais enfin; et ce peu de sollicitude pour les fortunes mobilières (si fâcheux que le fait puisse être) n'explique-t-il pas à merveille que le Code n'ait édicté l'inaliénabilité dotale que pour les immeubles? M. Pont, après bien d'autres, ne tombe-t il pas ici d'une manière évidente dans cette fâcheuse disposition d'esprit qu'il nous reprochait bien à tort, en appréciant la loi d'après un point de vue et sous une influence d'idées auxquels il est constant en fait que le législateur est resté complétement étranger? — Notre honorable contradicteur reconnaît d'ailleurs que le principe de l'inaliénabilité ne s'appliquera pas, en tout cas, aux meubles *aussi rigoureusement* qu'aux immeubles, et que, pour eux, son application *variera.* Mais pourquoi donc? Où la loi (nous ne parlons pas des convenances de fait, nous parlons de *la loi*, telle qu'elle est faite, et bonne ou mauvaise), où la loi a-t-elle permis cette distinction?... De deux choses l'une : ou bien l'article 1554 s'applique aux meubles comme aux immeubles, et alors même rigueur, puisque le principe est le même; ou bien il ne s'y applique pas, et alors les meubles ne sont pas inaliénables!

Il nous resterait encore quelques observations à faire, notamment pour répondre au reproche d'une prétendue contradiction que M. Pont prête en terminant à notre système, et qui ne s'y

Digitized by Google

trouve en aucune façon; mais nous croyons en avoir dit assez pour conclure que la dissertation de M. Pont, quels qu'en soient le mérite et l'étendue, ne saurait empêcher d'accepter, comme de bonnes décisions, les arrêts par lesquels la Cour de cassation juge que *le principe de l'inaliénabilité de la dot ne s'applique qu'aux seuls immeubles*.

6. Malgré la longueur de cet article, qui était terminé quand nous avons reçu la précédente livraison de la *Revue*, nous nous trouvons forcé d'y ajouter encore quelques lignes pour répondre à une nouvelle critique que M. Pont nous adresse au début de cette précédente livraison (p. 129-133).

Dans notre *Examen doctrinal* de la livraison de février dernier (p. 72-76), nous avions signalé un arrêt de Cassation du 14 juillet 1852 qui présentait deux décisions importantes : la première, sur une question de partage d'ascendant; la seconde, sur une question de dépens; et, en approuvant pleinement cet arrêt de Cassation, et quant aux deux solutions et quant à leurs motifs, nous avions déclaré faux au contraire, non-seulement la solution que l'arrêt d'appel avait adoptée sur la seconde question, mais aussi le motif qu'il avait donnée à la solution (fort exacte en elle-même) de la question de partage. Puis, après avoir démontré dans une discussion *ad hoc* l'inexactitude de ce motif, nous reprochions au *Journal du Palais* d'avoir précisément fait une note exprès pour indiquer, comme raison de décider, ces fausses idées de l'arrêt d'appel, au moment même où l'arrêt de Cassation, ainsi annoté, avait eu soin de les écarter pour présenter les bonnes; et, en présence de ce contraste si fâcheux, nous ajoutions : « Mieux vaudrait, pour le progrès des connaissances juridiques et jurisprudentielles, ne pas faire de notes doctrinales que les faire ainsi. »

Or cette note, qui n'était pas signée et dont nous ne connaissions pas dès lors le rédacteur (ce qui, d'ailleurs, ne nous préoccupait nullement, attendu que notre habitude, et, selon nous, notre devoir, est de considérer *les idées* et non les personnes), M. Pont s'en déclare l'auteur; et en nous reprochant, pour la phrase ci-dessus, une *rudesse* et *une intolérance* dont nous ne nous sentons nullement coupable (et dont, en tout cas, la bonne

Digitized by Google

amitié qui nous lie obtiendrait facilement le pardon), notre honorable collaborateur entre dans des observations dont la première partie semblerait tout d'abord passer condamnation sur la fausseté des idées par nous critiquées, mais dont la seconde, au contraire, tend à en soutenir la justesse.

M. Pont, en effet, nous dit d'abord qu'il ne s'agissait là que *de quelques mots*, lesquels d'ailleurs étaient évidemment écrits *sans prétention aucune*, et que *ces quelques mots*, que nous aurions eu grand tort, selon lui, de qualifier *de note doctrinale*, ne comportaient pas dès lors la critique que nous en avons faite.... Or, quoique nous ne comprenions pas que le caractère doctrinal ou non doctrinal d'une note dépende de son étendue ; quoique nous pensions : 1° que toute note, petite ou grande, est doctrinale du moment qu'elle s'occupe de doctrine; 2° que toute note, si courte qu'elle soit, est toujours faite avec une double *prétention*, celle de dire une chose utile et celle de dire une chose exacte; 3° enfin, qu'une petite note de douze lignes, comme celle qu'a faite ici M. Pont, peut contenir une erreur tout aussi bien qu'une longue note de vingt-quatre colonnes, comme celle qu'il a faite ailleurs sur la dot mobilière et dont nous venons de parler ci-dessus; malgré tout cela, nous nous serions néanmoins abstenu de toute réponse, si notre honorable collaborateur s'était borné à cette première partie, parce qu'elle eût été la reconnaissance implicite de l'inexactitude de sa note, et que la seule question qui nous occupe, ici comme ailleurs, c'est celle de la rectitude ou de la fausseté des idées. Mais M. Pont va plus loin : il soutient que si l'idée par nous approuvée est incontestablement bonne et concluante, celle que présentait sa note est exacte aussi, et il en donne jusqu'à cinq raisons pour une.

La première, c'est que cette idée avait été admise dans l'arrêt d'appel, lequel était rendu par *deux chambres réunies* de la Cour de Paris, et sous la présidence de *M. le premier président Troplong !* La seconde, c'est qu'elle a été reconnue bonne aussi par M. Devilleneuve dans son excellente annotation de cet arrêt. La troisième, c'est que lors du pourvoi en cassation, l'avocat du demandeur en reconnaissait lui-même l'exactitude, et se bornait à la prétendre inapplicable dans l'espèce. La quatrième,

Digitized by Google

c'est que la Cour de cassation, à son tour, ne l'a pas trouvée mauvaise, puisque si elle l'a écartée, il est vrai, pour lui en substituer une autre, elle n'a cependant pas cassé l'arrêt d'appel en ce point. La dernière, c'est que dans un arrêt postérieur, la même Cour de cassation, qui donne, il est vrai, comme motif principal les idées que nous prétendons seules vraies, y ajoute aussi celle que nous soutenons fausse. — Tel est, en résumé, mais dans sa plus rigoureuse intégrité, le système de défense de M. Pont. Or voyons quelle est la valeur de ce système.

Nous pourrions d'abord répondre à notre honorable ami, sur sa première raison, que l'arrêt de Paris a été cassé pour double violation de la loi et excès de pouvoir, ce qui prouve que, même en chambres réunies et sous la présidence de M. le premier président Troplong, on peut encore se tromper (*sup.*, p. 76-79): — sur la seconde, qu'il se trompe quand il dit que M. Devilleneuve a trouvé bon le motif dont il s'agit, puisque l'honorable arrêtiste a seulement constaté que *divers arrêts ont énoncé ce motif*, sans dire s'il l'approuve, et en ayant soin, au contraire, de présenter à cet égard la doctrine de M. Genty, qui est précisément la nôtre (50, 2, p. 305, alin. 4 et suiv.); en sorte que M. Devilleneuve présentait déjà les saines idées en 1850 sous l'arrêt qui ne donnait que les mauvaises, tandis que la note de M. Pont revient aux mauvaises, en 1852, sous un arrêt qui contient les bonnes; — sur la quatrième, qu'il se trompe également quand il argumente de ce que la Cour suprême n'a pas cassé pour le motif en question, puisque cette Cour ne peut pas casser *pour illégalité des motifs;* — enfin, et sur la troisième, que c'est précisément pour cela que l'avocat du demandeur n'a pas critiqué *les motifs* de l'arrêt de Paris..... Des cinq raisons de M. Pont, il n'en resterait ainsi qu'une, l'autorité d'un arrêt de la Cour de cassation.

Mais nous voulons bien les laisser toutes. Que s'ensuivra-t-il? Un arrêt, ou même autant d'arrêts qu'on voudra ont adopté une idée : cela prouve-t-il nécessairement que cette idée est vraie? Est-ce qu'il est une seule erreur en droit qui n'ait été admise par bon nombre d'auteurs et d'arrêts? Comment! voilà UN CRITIQUE qui, dans une *Revue* CRITIQUE *de la jurisprudence*, nous apporte, comme seule et unique raison, *l'autorité!* Voilà un

Digitized by Google

critique qui ne répond à un autre critique *que par l'autorité* sans dire un seul mot des deux ou trois pages de discussion doctrinale et rationnelle aux quelles il prétend cependant échapper !

Non, l'autorité n'est point une raison. Si l'histoire des arrêts nous l'apprend de reste chaque jour pour la jurisprudence, l'histoire de Galilée et tant d'autres nous l'apprennent de reste aussi pour les autres connaissances de l'homme. L'autorité n'est point une raison ; elle n'est qu'un auxiliaire de la raison ; et voilà pourquoi, si nous voulons être (et croyons être en effet) le plus tolérant des hommes, tant qu'on entendra par tolérance le respect, chez ses adversaires, du droit de discuter librement et franchement les opinions, nous avouons, au contraire, que, si l'on appelle intolérance cet ardent amour du vrai qui fait signaler l'erreur partout et avec une complète indépendance, nous serons toujours très-intolérant.

V. MARCADÉ.

OBSERVATIONS SUR L'HYPOTHÈQUE LÉGALE D'INDEMNITÉ

ACQUISE EN TEMPS SUSPECT.

Par M. COIN-DELISLE,
Avocat à la Cour impériale de Paris.

L'application des lois civiles aux intérêts commerciaux offre de grandes difficultés. L'équité juridique est alors difficile à trouver : il faut pourtant éviter de se décider par la faveur des causes, et découvrir des règles sûres au milieu d'intérêts froissés en sens opposés.

Notre loi des faillites ne date que de 1838 : elle a profondément modifié le Code de commerce auquel elle est incorporée ; elle sera longtemps encore un sujet d'études.

Sa règle générale est celle de tous les temps : *l'égalité entre les créanciers*, à moins qu'il n'y ait pour quelques-uns une cause

Digitized by Google

légitime de préférence au moment que la loi regarde comme l'ouverture de la faillite.

Ce moment fatal est déterminé par un jugement du tribunal de commerce qui fixe l'époque de la cessation de payements, laquelle est souvent antérieure de plusieurs jours, de plusieurs mois, au jugement déclaratif de la faillite : cet intervalle, pendant lequel le failli a conservé de fait l'administration de ses affaires est un *temps suspect*, et ce temps est encore augmenté des dix jours qui précèdent l'époque fixée par le tribunal comme jour de la cessation de payements. Ces dix jours sont suspects comme le temps qui suit.

A partir du premier de ces dix jours, l'art. 446 annule dans l'intérêt de la masse des créanciers, non-seulement les actes translatifs de propriété à titre gratuit; mais aussi les payements de dettes non échues, et même ceux de dettes échues, s'ils ont été faits autrement qu'en espèces et effets de commerce; elle annule toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens *pour dettes antérieurement contractées*.

Cet article prohibe donc aux créanciers chirographaires d'améliorer leur position aux dépens de leur débiteur à partir du jour fatal : ils ne peuvent plus ni recevoir leur dû ni acquérir une garantie sur les biens. Leur sort est définitivement fixé.

Cet article 446 établit donc une présomption légale de fraude contre tous les actes qu'il défend aux créanciers antérieurs au temps suspect.

Il est suivi d'un article 447 qui confère aux magistrats le pouvoir d'annuler *tous autres payements* faits par le débiteur pour dettes échues, et *tous autres actes à titre onéreux* par lui passés après la cessation de ses payements et avant le jugement déclaratif de faillite, si de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses payements.

L'esprit général de la nouvelle loi des faillites consiste tellement dans l'égalité entre créanciers chirographaires; tellement dans l'impossibilité pour chacun d'eux de faire sa position meilleure *aux dépens de l'actif du failli*, que non-seulement la loi

Digitized by Google

punit justement le créancier qui vend son vote au failli ou aux autres créanciers, mais qu'elle a même poussé la rigueur jusqu'à punir d'une peine correctionnelle le créancier qui aura fait un traité particulier, duquel résulterait en sa faveur un avantage *à la charge de l'actif du failli*.

Je n'ai pas ici mission d'examiner si la loi est ou non trop sévère : j'en examine l'esprit en jurisconsulte et non en publiciste; et je conclus sûrement de l'ensemble de ses dispositions, que toutes les fois qu'un créancier chirographaire antérieur à la cessation de payements fait un acte quelconque lui assurant un avantage personnel à la charge de l'actif du failli, l'esprit de la loi de 1838 est violé.

Les créanciers abusés voient la loi autrement que moi : ils examinent l'article 446; ils y lisent la nullité de l'hypothèque conventionnelle et de l'hypothèque judiciaire : ils en concluent que s'ils peuvent obtenir l'engagement de la femme, ils auront légalement du chef de celle-ci une hypothèque, que la loi leur dénie de leur propre chef par convention ou par jugement. Donc, ils exigent du débiteur de leur fournir l'engagement solidaire ou le cautionnement de sa femme.

Ils examinent aussi l'article 447, et il leur semble que si cet article confère au juge le pouvoir d'annuler tous les actes faits avec le failli, autres que ceux énumérés dans l'article 446, il ne lui confère pas celui d'annuler les actes faits avec la femme. Et, dans leur manière de voir, les articles 446, 447 et suivants forment un système complet des fraudes possibles en matière de faillite, auquel il n'est rien permis d'ajouter.

Beaucoup de personnes penchent pour cette opinion restreinte : ce qui les détermine, c'est que le Code de commerce de 1808 portait textuellement, dans son article 447, que la loi nouvelle n'a pas reproduit : « Tous actes ou payements faits en fraude des créanciers sont nuls. »

De leur côté, les femmes qui se sont ainsi engagées en temps suspect, et qui, poursuivies ou exposées à être poursuivies par les créanciers, demandent hypothécairement leur indemnité sur les biens de la faillite, sont dignes de faveur : dans tous les cas, loin d'avoir profité du contrat, elles en souffrent; elles se

Digitized by Google

croient obligées personnellement et garanties par leur hypothèque légale; cette opinion est une opinion de bonne foi. Les unes savaient fort bien en s'obligeant que leur mari avait cessé ses payements; mais elles répondent : l'article 446 n'est pas fait pour nous, puisqu'il ne prohibe pas l'acquisition de l'hypothèque légale; l'article 447 n'est pas plus applicable, car il permet l'annulation des actes de gens qui ont traité avec le débiteur; et quand la femme du débiteur traite avec le créancier de son mari, elle fait un contrat qui profite au mari, mais elle ne contracte pas avec lui. Les autres soutiennent n'avoir jamais eu connaissance des affaires de leurs maris, et disent bien plus fortement n'être pas atteintes par l'article 447. Les tribunaux se trouvent donc entre deux intérêts également dignes de faveur : l'intérêt des chirographaires, dont le gage est amoindri ou entièrement ruiné par l'hypothèque légale; l'intérêt de la femme, qui succombera sous le poids de la dette, si les créanciers chirographaires touchent le prix d'immeubles, au préjudice de l'hypothèque légale due pour son indemnité.

Sur ces questions qui touchent à des droits de nature diverse, la jurisprudence est toujours lente à se former. Deux arrêts de rejet de la Cour de cassation, l'un de la Chambre des requêtes, rendu le 7 nov. 1848; un rapport de M. Troplong (aff. *Raoult*, Dev., 49, 1, 121); l'autre de la Chambre civile, rendu le 15 mai 1850 (aff. *Tison*, Dev., 50, 1, 709), semblent établir la distinction dont on vient de parler. Si la femme ignorait la cessation de payements, il n'y a pas lieu de casser l'arrêt qui lui accorde l'exercice de son hypothèque légale pour l'indemnité de son cautionnement; si, au contraire, elle avait connaissance de l'imminence de la faillite, cette hypothèque légale ne peut nuire aux chirographaires, et ceux-ci toucheront le prix des immeubles, au préjudice de l'indemnité due à la femme.

Rendons aux arrêts l'honneur et le respect qui leur sont dûs; mais ne confondons jamais leur autorité avec l'obéissance due aux lois. Les lois posent des règles générales; les arrêts statuent sur des cas particuliers. Ce n'est pas tout : le juge est circonscrit dans son appréciation par les faits connus; il l'est aussi par le mode de défense : on ne peut pas en Cour de cassation invo-

Digitized by Google

quer des moyens nouveaux ; et quelquefois aussi, les parties ont omis des moyens de pourvoi qui auraient réussi. Il est certain, par exemple, que dans la première des espèces dont on vient de parler, la Cour de cassation n'a pas statué sur le moyen tiré de l'article 447, parce qu'il n'avait pas été présenté devant les juges du fond, et il ne paraît pas non plus qu'on ait invoqué devant eux ni devant la Cour de cassation l'article 1167 du Code Napoléon. Donc, on ne peut d'un ou deux arrêts sur une question complexe, conclure à une fixation de doctrine.

On me pardonnera donc si j'ose rejeter la distinction proposée. A mon sens, *dans tous les cas* où dans l'intervalle de l'épopoque fixée par le tribunal comme étant celle de la cessation de payements du débiteur au jour du jugement déclaratif de la faillite, la femme, *instruite ou non* du désastre de son mari, s'engage pour lui ou le cautionne pour une dette contractée avant la cessation de payements ; l'hypothèque légale qu'elle acquiert pour son indemnité, d'après l'article 2135 du Code Napoléon, est sans aucun effet envers la masse chirographaire. Ni la femme, ni le créancier ne peuvent l'invoquer contre la masse des créanciers.

En voilà les raisons :

En premier lieu, si l'on admettait que, même alors que la femme ignore la cessation des payements, les immeubles fussent atteints par son hypothèque légale d'indemnité, il arriverait trop souvent que les biens immeubles ne profiteraient en rien à la masse chirographaire.

2° Même quand les articles 446 et 447 ne seraient pas applicables à l'espèce, il faudrait se décider pour la nullité en vertu du droit commun et de l'article 1167 du Code Napoléon.

3° L'hypothèque établie par le troisième alinéa du § 2 de l'article 2135 pour l'indemnité des dettes que la femme a contractées avec son mari n'est pas une simple hypothèque légale, c'est une hypothèque mixte, *conventionnelle* dans sa naissance, *légale* dans sa forme et dans sa conservation.

4° Comme la femme ne peut s'engager sans l'autorisation maritale, et que c'est à l'autorisation maritale que le créancier doit la faculté de venir hypothécairement du chef de la femme,

Digitized by Google

l'hypothèque qu'il a ainsi acquise est, dans les termes comme dans l'esprit de l'article 446, comprise dans les mots « *toute hypothèque conventionnelle est nulle.* »

5° Même quand on voudrait écarter l'article 446, et n'appliquer que l'article 447, sous prétexte de la bonne foi de la femme, on trouvera toujours et nécessairement, un acte intermédiaire de mauvaise foi, entre le mari et le créancier. Cet acte est l'autorisation maritale; or, dès que le failli, sans être dessaisi de l'administration de ses biens, est cependant dessaisi du droit de disposition, il est clair que l'autorisation donnée à la femme de contracter est nulle, et que la femme n'est pas engagée.

6° Enfin, le contrat dont il s'agit est un contrat contraire aux bonnes mœurs commerciales que la loi a voulu fonder. Donc, que la femme soit de bonne foi ou non, l'acte est nul, non d'une simple nullité relative à la masse, mais même d'une nullité absolue et n'engage personne, conformément aux articles 6 et 1133 du Code Napoléon.

Le développement de ces propositions démontrera qu'en aucun cas, les biens immobiliers ne peuvent être diminués au préjudice de la masse par l'hypothèque légale acquise en temps suspect, pour l'indemnité des engagements de la femme envers un créancier du mari, dont la dette n'était que chirographaire avant la cessation des payements.

§ I.—L'esprit de la loi est que nul créancier ne peut faire sa position meilleure à compter du jour de la cessation de payements qui sera déterminée par le tribunal, ou même à compter des dix jours précédents.

Tout moyen d'atteindre ce but, est une fraude à la loi; et toute fraude à une loi prohibitive doit être réprimée.

L'acte par lequel un créancier obtient, en temps suspect, autorisation du mari pour faire consentir la femme à cautionner son ancienne dette, et obtenir, du chef de la femme, une hypothèque légale à la date même où ce créancier ne pourrait obtenir une hypothèque conventionnelle, est entre le créancier et le débiteur une fraude à la loi des faillites. Personne n'en

Digitized by Google

doute ; puisque le créancier fait sa position meilleure aux dépens de l'actif immobilier que la loi attribuait tout entier à la masse chirographaire.

Il y a fraude à la loi des faillites entre le mari qui promet l'accession de sa femme, et le créancier qui la stipule, soit que la femme ait ou non connaissance de la cessation des payements. C'est également évident : seulement la femme est plus favorable dans le dernier cas, parce qu'elle a été trompée.

Mais qu'elle ait été trompée ou non, la convention tacite entre le mari et le créancier, n'en est pas moins une fraude à la loi qui veut qu'aucun créancier chirographaire *n'acquière* du jour de la cessation de payements *aucun avantage sur l'actif du failli.*

Si, sous un prétexte quelconque, on permet à un ancien créancier chirographaire, d'exercer du chef de la femme, l'hypothèque légale acquise en temps suspect; si, refusant ce droit au créancier, on l'accorde à la femme poursuivie par le créancier; si le refusant à la femme contre qui on aura prouvé qu'elle avait au temps du contrat connaissance du désastre de son mari, on l'accorde néanmoins à celle qui n'aura pas su que son mari avait cessé ses payements, la loi des faillites est convaincue d'impuissance : car, il sera souvent difficile de prouver qu'une femme a signé sa ruine, avec la certitude que son mari avait cessé ses payements. L'intérêt même qui s'attache à la femme, dont le patrimoine devient l'unique ressource de la famille, plaidera contre les créanciers spoliés par sa faiblesse. Donc, si une fois on admet en principe, que l'hypothèque légale peut naître, contre la masse, de l'intervention tardive de la femme à une dette antérieure du mari, pourvu qu'il n'apparaisse pas de fraude de la part de la femme; alors, tous les créanciers antérieurs à la cessation de payements sauront bien assiéger le mari, et se faire nantir d'une hypothèque avec accession de la femme au contrat, et prolongeront de quelque temps cette apparence de vie commerciale; de son côté, le mari saura choisir les créanciers dont il redoutera le plus l'opposition et l'influence dans les délibérations, et leur accordera ainsi une position privilégiée. Puis, quand viendra le jugement déclaratif de faillite, les immeubles seront,

Digitized by Google

par la volonté du mari, grevés pour leur entière valeur, au profit de quelques chirographaires venant *conventionnellement* dans l'hypothèque légale de la femme.

Il est donc nécessaire de refuser effet *à l'hypothèque légale*, même quand la femme est de bonne foi, et qu'elle a ignoré la cessation des payements.

§ II.—La nécessité, répondra-t-on, n'est pas une raison suffisante pour étendre une loi déjà rigoureuse. Si elle a des inconvénients, c'est à l'autorité législative à y remédier. L'article 446 ne comprend pas l'hypothèque légale dans ses dispositions; l'article 447 ne s'occupe des autres contrats pour les annuler qu'autant que l'autre partie contractante a eu connaissance de la cessation de payements : or, si la femme n'a pas participé à la fraude, pourquoi donc l'en punir? Ces articles 446 et 447 de la loi nouvelle sont nécessairement des lois limitatives, puisqu'elles ont succédé à pareille partie du Code de commerce de 1808, où l'énumération était suivie d'un article général (portant aussi le n° 447) : « Tous actes et payements faits en fraude des créanciers sont nuls ; » article qui, n'ayant pas été reproduit dans la loi nouvelle, se trouve par là même abrogé.

Je n'entends pas ici répondre à toutes les branches de cette argumentation. On verra même plus tard que mon opinion, malgré sa sévérité, est plus favorable aux femmes que l'opinion contraire. Je ne veux ici démontrer qu'un point. « Dans l'état de la législation, et en supposant que les articles 446 et 447 du Code de commerce (édition de 1838) n'atteignissent pas les contrats en question, il y a des lois générales qui frappent toutes les fraudes, même celles que les articles 446 et 447 n'auraient pas prévues. »

En principe et quand nous n'avions pas de loi spéciale au commerce, tout ce qui était fait en fraude des droits des créanciers n'en était pas moins nul à leur égard. Nous appliquions sur ce point les lois romaines et notamment la loi 1, *ff. De his qui in fraud. cred.* 8, 42 : *hæc verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcunque contractum. Quodcunque igitur fraudis causâ*

Digitized by Google

factum est, videtur his verbis revocari, qualecumque fuerit; nam latè ista verba patent, ait prætor. »

Quand notre droit commercial se forma, il était comme le droit civil soumis à cette règle générale : mais on sentit le besoin de présomptions légales de fraude, afin d'éviter les procès et les enquêtes sur des fraudes évidentes qui se répétaient fréquemment. De là le fameux règlement pour la place de Lyon du 2 juin 1667, qui annulait certains actes faits dans les dix jours qui précédaient la faillite. Le Code marchand (1673) vint après; mais par l'article 4 de son titre 11, il se borne à rappeler le droit commun en déclarant nuls tous transports, cessions, ventes et donations de biens meubles et immeubles faits en fraude des créanciers : il n'introduisit pas encore en France les présomptions légales du règlement de Lyon, dans la crainte, dit-on, que le commerce n'en conclût *à contrario* la validité des fraudes avant les dix jours. L'utilité des présomptions légales se fit sentir dans les pays où le règlement de Lyon n'était pas en vigueur; et une Déclaration du roi du 18 novembre 1702 étendit à toute la France la règle de la nullité de droit des cessions faites et des hypothèques acquises dans les dix jours avant la faillite publiquement connue; mais toujours dans la crainte de l'argument *à contrario*, la déclaration ajoute : « Voulons *en outre* que notre Édit du mois de mars 1673 *demeure en sa force et vertu*, et soit exécuté selon sa forme et teneur, » ce qui était bien rappeler l'article 4 du titre 11, et dire que tous les actes faits en fraude des créanciers, bien qu'antérieurement aux dix jours seraient révoqués conformément au droit commun.

Ce droit régna en France jusqu'au Code Napoléon qui l'adopta. L'article 1167 remplaça la loi romaine : « Les créanciers peuvent » en leur nom personnel attaquer les actes faits par leur débiteur » en fraude de leurs droits. »

Plus tard, vint le Code de commerce de 1808. Ses rédacteurs qui avaient sous les yeux la déclaration de 1702 réglèrent dans les articles 443 à 446 quels actes et payements seraient présumés de droit avoir été faits en fraude des créanciers dans les dix jours qui précéderaient la faillite; puis de même que la déclaration dans sa disposition finale avait renvoyé au droit commun,

Digitized by Google

de même, ils ont renvoyé au droit commun pour tous les cas de fraude non compris dans les articles précédents en disant dans leur article 447 : « Tous actes et payements faits en fraude des créanciers sont nuls. »

La loi de 1838 a augmenté et régularisé d'une autre manière les présomptions de fraude, et a supprimé ou omis l'ancien article 447.

Résulte-t-il de cette omission, que jamais on ne puisse atteindre en matière de faillite, d'autres fraudes que celles prévues par les articles 446, 447 et suivants de la loi de 1838 ?

Pas du tout. Si l'ancien article 447 a disparu, l'article 1167 du Code civil reste debout.

L'ancien article 447 pouvait être regardé comme superflu, comme explicatif du droit. Il a disparu sans danger.

Ce ne sont en effet que les règles *particulières* aux transactions commerciales qui sont établies par les lois relatives au commerce, dit l'article 1107 du Code Napoléon au titre *des Obligations*. Les règles générales de tous les contrats civils et commerciaux (à moins de dérogation dans les titres ou les lois qui en concernent quelqu'un en particulier), se trouvent au titre « *Des Contrats ou Obligations conventionnelles* EN GÉNÉRAL. » Or, c'est dans ce titre qui régit à la fois les contrats civils et les contrats commerciaux, qu'est placé l'art 1167; donc l'art. 1167 suffit pour attaquer les actes faits par le débiteur en fraude des droits des créanciers, même quand ces actes ne seraient pas compris dans les articles 446 et 447 du Code de commerce.

Et il faut bien qu'il en soit ainsi.

Que ferait-on sans cette doctrine si un commerçant préparait de longue main une faillite par des actes frauduleux, accomplis plusieurs mois avant qu'il eût cessé de payer ? Laissera-t-on le failli et ses complices à l'abri derrière les art. 446 et 447, qui ne s'occupent que des fraudes commises depuis la cessation de payements ou dix jours auparavant? Certainement non. On recourra au droit commun, à l'article 1167 du Code civil. Donc les art. 446 et 447 ne sont pas limitatifs des fraudes à réprimer.

Or, si l'article 1167 du code civil a conservé sa force pour

Digitized by Google

révoquer les actes frauduleux commis antérieurement au temps suspect; à plus forte raison l'a-t-il conservée pour révoquer les actes frauduleux commis même en temps suspect! Jamais un législateur ne s'est flatté d'énumérer tout ce qui serait fraude, pas plus en 1838 que dans un autre temps. Les articles 446 et 447 ne sont donc pas limitatifs des cas de fraude ni des cas de révocation d'actes frauduleux : ils ne sont limitatifs que des présomptions qui dispensent de preuve dans les cas qu'ils énumèrent. Ils ne seraient pas en eux-mêmes un obstacle à ce que des actes qu'ils n'énumèrent pas, fussent valablement attaqués en vertu de l'article 1167 : seulement la preuve se ferait suivant le droit commun.

§ III. — Avant que d'examiner si les actes qui consistent à conférer au créancier l'hypothèque que la femme obtiendra de la loi pour l'indemnité de son engagement, rentrent dans le texte des articles 446 ou 447, qu'il me soit permis de présenter quelques observations sur la nature des hypothèques légales.

Ce n'est pas la dispense d'inscription pour sa conservation qui fait la différence de l'hypothèque légale à l'hypothèque conventionnelle ou judiciaire : en effet, sous notre ancien droit, aucune hypothèque n'était inscrite; sous la loi du 11 brumaire an VII, toutes les hypothèques devaient être inscrites pour produire leur effet, conventionnelles, judiciaires ou légales; sous le Code civil, la dispense d'inscription a été accordée à l'hypothèque légale des femmes, des mineurs et des interdits par l'article 2135. Le texte de l'article 2134 et les lois spéciales, notamment la loi du 5 septembre 1807, prouvent que l'hypothèque légale de l'État ne s'exerce qu'à la charge d'une inscription dans un délai déterminé. Ce n'est donc pas la dispense d'inscription qui détermine le caractère spécifique de l'hypothèque légale.

La différence spécifique est dans la cause efficiente de l'hypothèque. Selon qu'elle résultera de la forme extérieure des contrats et de la convention, des jugements et actes judiciaires, ou de la loi, elle sera conventionnelle, judiciaire ou légale (C. Nap., 2116, 2117).

L'hypothèque légale est donc, à proprement parler, celle qui

Digitized by Google

naît de la loi lors d'un fait qu'elle a prévu, sans convention actuelle des parties sur ce point : elle est établie, non pour les intérêts actuellement nés, mais pour des intérêts à naître ; elle existe indépendamment de la dette qui ne naîtra peut-être jamais.

Ainsi l'hypothèque légale des femmes naît du fait du mariage ; celle des mineurs de l'acceptation de la tutelle ; celle des comptables publics naît de leur nomination.

Aussi, sous l'ancien droit, l'hypothèque légale n'avait-elle qu'une date unique, celle de la date du mariage, de l'ouverture de la tutelle ou de la nomination du comptable, quelles que fussent les dates postérieures des faits qui constituaient débiteurs le comptable public, le tuteur ou le mari.

Régulièrement, il ne devrait pas y avoir eu d'hypothèque légale pour l'engagement de la femme avec le mari. Il ne pouvait y en avoir en droit écrit, puisque le Velléien empêchait l'intercession des femmes ; il n'aurait pas dû y en avoir en pays coutumier, puisque le mariage même en communauté, n'avait pas pour objet d'obliger personnellement la femme, laquelle avait toujours le droit de renoncer à la communauté. Aussi notre ancien droit ne donnait pas à l'indemnité de la femme commune l'hypothèque du jour du mariage ; il ne lui conférait que l'hypothèque du droit commun au jour du cautionnement, comme à toute caution qui s'était engagée par acte public. Le droit ne changea que par un arrêt du parlement de Paris du 17 mars 1608 (V. Mornac, sur la L. 9, ff., *Qui potiores*), appelé l'arrêt des *Cognets*, qui reporta à la date du contrat de mariage, l'indemnité due à la femme pour tous les engagements pris par elle avec son mari, et empêcha d'être payés tous les créanciers antérieurs, qui n'avaient contractés qu'avec le mari. Mornac constate que le grand Conseil était opposé à cette jurisprudence nouvelle, mais que le Parlement persista ; et c'est de cette époque, dit-il, que les maris communs en biens, tombés sous la tutelle de leurs femmes, ne trouvent plus à emprunter sans leur secours ; de sorte qu'une jurisprudence établie dans l'intérêt des femmes leur est devenue funeste.

Le grand Conseil avait raison : ce n'était pas là une vraie hypothèque légale. Elle naissait de la convention faite par la femme

Digitized by Google

après le mariage ; elle ne provenait pas de la seule gestion du mari. La jurisprudence était abusive.

Malgré les réclamations qu'elle fit naître, notamment celle du Président de Lamoignon, qui qualifie cette hypothèque légale *d'irrégulière*, il en fut ainsi jusqu'à la loi du 11 brumaire an VII.

Le Code civil vint avec son système d'hypothèque conventionnelle publique et spéciale, d'hypothèque judiciaire, publique, mais générale dans la circonscription du bureau où se ferait l'inscription ; et d'hypothèque légale, générale et tacite.

Donner indistinctement l'hypothèque légale aux femmes à partir du mariage, pour des droits acquis même depuis, c'eût été détruire tous les avantages de la publicité ; c'eût été aussi replacer les maris *in curatione uxoriâ*, inviter les prêteurs à exiger toujours l'engagement des femmes et les ruiner toutes. D'un autre côté, faire dépendre l'hypothèque d'indemnité d'une stipulation formelle d'hypothèque et d'une inscription, c'était réduire les femmes à l'impossible pour les cas où elles venaient au secours de leurs maris.

Le Code adopta donc un parti transactionnel, comme il a fait tant de fois. Il a accordé l'hypothèque à la femme pour son indemnité, indépendamment de toute inscription, mais en même temps, il ne lui a donné date que du jour de la convention par laquelle elle cautionne son mari.

C'est là une hypothèque légale, puisque l'article 2135 la place au rang des hypothèques légales et la conserve de la même manière ; mais c'est une hypothèque conventionnelle d'une espèce particulière, parce qu'elle ne naît pas du seul fait du mariage, et parce qu'elle naît surtout de la convention que la femme fait avec son mari de le cautionner, quoique par le mariage elle n'ait pas pris cette obligation. C'est un genre d'hypothèque mixte, conventionnelle au moins dans sa naissance.

§ IV. — Il suffit, dira-t-on, que la loi l'ait qualifiée d'hypothèque légale pour qu'elle ne se trouve pas comprise dans l'énumération de l'art. 446 de la loi des faillites. Les législateurs ont voulu éviter les difficultés que le Code de commerce de 1808 avait fait naître sur les hypothèques légales.

Digitized by Google

J'avoue que la nouvelle rédaction a eu pour objet d'éviter certaines difficultés : je nie que la loi de 1838 ait eu pour objet, même quand la femme serait de bonne foi, de faire acquérir indirectement une hypothèque en temps suspect, sur l'actif immobilier du failli, soit à la femme, soit au créancier du chef de la femme.

Oui, l'art. 443 (édition de 1808) portait : « Nul ne peut ac» quérir privilége ni hypothèque sur les biens du failli dans les » dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite ; » et il enchérissait ainsi sur l'article 2146 du Code Napoléon, qui n'avait privé d'effet que *les inscriptions prises* dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. L'art. 443 annulait à la fois la constitution d'hypothèque et l'inscription.

Mais on n'a jamais appliqué d'une manière absolue cet article 443 aux hypothèques légales. D'abord, quand l'hypothèque légale était acquise avant les dix jours et qu'elle était dispensée d'inscription, on n'incriminait pas l'inscription prise depuis la faillite, avant la distribution des deniers, afin de manifester le droit du mineur ou de la femme au payement par préférence.

De plus, pour l'acquisition du droit d'hypothèque légale par un mariage ou par une dation de tutelle, on distinguait entre les dix jours qui précédaient la faillite déclarée, et les dix jours qui précédaient la faillite reportée ; et, dans ce dernier cas, presque tous étaient d'accord qu'il eût été inique de faire supporter au mineur ou à la femme mariée la peine de la négligence des créanciers à faire déclarer la faillite d'un débiteur.

Quant aux hypothèques légales acquises dans les dix jours qui précédaient la faillite, on usait d'une autre distinction : on respectait les hypothèques légales dont le principe et la cause auraient uniquement dépendu de la loi ; ainsi le failli serait devenu tuteur et aurait touché pour son pupille en temps suspect, l'hypothèque légale aurait tenu. Mais on doutait de la validité de la constitution d'hypothèque légale, quand, dans le temps suspect, il fallait le consentement du débiteur pour la produire, par exemple, s'il s'était marié, s'il avait accepté un emploi de comptabilité publique. C'étaient ces questions et au-

Digitized by Google

tres semblables que les législateurs de 1838 ont voulu proscrire en abrogeant l'ancien article 443.

La question principale qui fait l'objet de cette Étude ne pouvait donc se présenter sous le Code de 1808; car, d'un côté, l'hypothèque légale acquise dans les dix jours précédant le dépôt d'un bilan pour sûreté de la convention qu'allait faire la femme procédait de la volonté du débiteur, plus que de la loi elle-même; et d'un autre côté, il y aurait eu fraude avérée de la part du débiteur en temps suspect, à gratifier un ancien créancier d'une hypothèque légale naissant d'un consentement actuel et n'ayant jamais subsisté auparavant. C'était trop évidemment un acte atteint par l'article 443 et par l'article 447 (anciens). Aussi n'ai-je pu trouver dans les recueils aucun arrêt sur cette espèce. C'est une fraude à laquelle on ne pouvait songer alors.

Si l'on n'y songeait pas alors, l'article 446 de la nouvelle loi ne peut présenter un sens qui permette une fraude inconnue jusqu'alors, ou qui donne les moyens d'y parvenir.

Nous venons d'ailleurs de voir que l'hypothèque légale d'indemnité est une hypothèque mixte, conventionnelle dans sa naissance.

Ajoutons ici qu'elle est conférée à l'ancien créancier, moins par la femme que par le mari.

En effet, pour que la femme s'oblige envers l'ancien créancier, il faut *l'autorisation du mari* : sans cette autorisation, pas de contrat avec la femme. Donc, l'engagement de la femme n'est en soi *que l'exécution* d'un premier contrat fait entre le mari et le créancier.

Or ce premier contrat en quoi consiste-t-il?

En une promesse du mari d'autoriser sa femme à le cautionner, afin de faire naître une hypothèque *qui n'existe pas encore*; hypothèque qui naîtra du consentement du mari, qui ne grève pas actuellement les immeubles, et qui ne les grèvera qu'afin de procurer au créancier, par l'autorisation à donner à la femme, l'hypothèque qu'il serait permis à celle-ci d'acquérir en temps ordinaire, et que le mari ne peut légalement donner aujourd'hui à ce créancier.

Or qu'est-ce donc que ce pacte intermédiaire, dont l'autorisa-

Digitized by Google

tion maritale est à la fois la preuve et l'exécution, qu'est-ce donc autre chose qu'une convention par laquelle, dans le temps prohibé, le mari confère une hypothèque?

Et quand on est devant une loi qui a cherché à rassembler dans ses termes la prohibition de toute sûreté sur l'actif mobilier ou immobilier; devant une loi qui prohibe « toute hypothèque » conventionnelle ou judiciaire et tous droits d'antichrèse ou de » nantissement..., » on ne voudra pas voir que le créancier et le débiteur n'ont pu par un détour faire ce que la loi prohibait! que ce qui est nul, c'est *toute hypothèque* acquise par une convention, *tout nantissement* mobilier ou immobilier! On ne voudra pas voir que la convention qui précède l'obligation de la femme et l'autorisation du mari, n'est rien que la promesse d'un nantissement immobilier pris sur l'actif, et qu'ainsi le créancier n'a aucun droit à ce nantissement, aux termes de l'article 446, dernier alinéa! Non, certes, ce n'est pas forcer le sens des termes de l'article 446 que de les prendre *dans leur ensemble* pour toute sûreté quelconque donnée aux dépens de l'actif; que de prendre les mots « *toute hypothèque conventionnelle* » pour tout moyen de constituer par convention une hypothèque nouvelle, et de prendre le mot *nantissement* dans toute l'étendue de son sens grammatical, qui s'applique aux immeubles comme aux meubles.

§ V. — Je comprends très-bien l'opinion de ceux qui hésitent sur l'article 446, en regardant pourtant l'acte du créancier comme une fraude à la loi, et qui, en conséquence, invoquent l'article 447 comme ayant un sens plus étendu. A côté du créancier, ils voient la femme; elle est digne d'intérêt; elle est exposée à l'action du créancier. Si elle est poursuivie, faudra-t-il lui dénier l'hypothèque légale? Ne faut-il pas la lui accorder, *s'il n'est pas prouvé* qu'au temps de son engagement elle avait connaissance de la cessation de payements de son mari, et la lui refuser, si on prouve contre elle qu'elle savait que son mari ne payait plus? On a vu plus haut que les tribunaux inclinent vers cette opinion, équitable pour la femme, ruineuse pour la masse chirographaire.

Digitized by Google

Pour moi, je pense que si, contrairement à mon opinion, l'article 446 n'était pas applicable au créancier, on pourrait, aux termes de l'article 447, être admis à prouver contre lui qu'au moment où il a traité avec son débiteur, qui lui a fourni le cautionnement de sa femme, il avait connaissance de la cessation de payement : et cela ne peut faire aucun doute, l'article 446 écarté.

Mais si l'on admet comme moi, ou que l'article 446 est toujours applicable au créancier, ou que le droit commun (l'article 1167 du Code Napoléon) frappe le créancier dans le silence de l'article 446 ; qu'ainsi ce créancier qui s'est fait favoriser, ou que le débiteur a favorisé de lui-même, n'ayant légalement qu'un droit semblable à celui des autres chirographaires, *certat de lucro captando*, tandis que la masse entière *certat de damno vitando :* alors il faudra conclure que le créancier est sans droit à l'hypothèque légale de la femme ; et que la femme, instruite ou non du désastre de son mari, a donné un engagement nul et dont elle doit être relevée.

Pour le prouver plus sûrement, je reviendrai sur ce que j'ai dit sous le paragraphe précédent.

On n'analyse pas assez profondément la convention quand on ne la considère qu'entre le mari et la femme. Entre eux elle n'est que contrat de bienfaisance ; entre eux, il n'y a pas de traité dans le sens de l'article 447 ; ces mots de l'article 447 : « *tous autres actes à titre onéreux par lui passés*, » ne peuvent pas convenir au cautionnement que consent sa femme en sa faveur. — Et ces autres mots de l'article 447 : « Ceux qui ont traité avec le débiteur... » (ce qui veut dire, en se combinant avec la première partie de la phrase : « ceux qui ont traité avec le débi- » teur dans le temps prohibé par tous autres actes à titre onéreux » qu'un payement effectif ») ne conviennent pas plus au cautionnement de la femme que les premiers.

L'acte du débiteur (lequel n'est pas un payement, mais qui est cependant un acte à titre onéreux, puisque ce débiteur va acheter quelque temps de repos, en fournissant au créancier un moyen de sûreté) est donc l'autorisation même qu'il donne à sa femme pour contracter avec le créancier.

Digitized by Google

Cette autorisation, que le créancier stipule et que le débiteur accorde pour masquer quelque temps encore sa position au public, est donc essentiellement le *traité* dont parle l'article 447.

Or cette autorisation est nulle.

Elle est nulle, parce qu'elle porte sur chose dont le failli n'a plus la disposition.

En effet, quoique le failli ne soit pas dessaisi de l'administration de ses biens à partir de la cessation de ses payements jusqu'au jour du jugement déclaratif, il est dessaisi du droit d'en disposer; il est surtout dessaisi du droit d'en disposer de manière à faire passer une partie du gage commun entre les mains d'un créancier pour dette ancienne.

Ce dessaisissement du droit de disposition est écrit d'une manière énergique dans les articles 446 et suivants; il est écrit d'une manière bien plus générale dans l'article 597, qui punit correctionnellement les traités desquels il résulte en faveur d'un créancier *un avantage à la charge de l'actif du failli.*

Le failli est donc, dans l'intervalle de la cessation des payements au jugement déclaratif, frappé de l'incapacité légale de disposer de ses immeubles au préjudice de la masse.

Il est frappé de cette incapacité, même à l'égard du créancier de bonne foi qui ignorerait la cessation des payements. La loi veut que tous créanciers aient le même sort.

Donc, il était *incapable* de donner à sa femme une autorisation habilitant celle-ci à souscrire un acte dont l'effet retrancherait une partie de l'actif immobilier actuel au profit du créancier avantagé.

En vain dira-t-on que l'état de faillite n'altère pas la puissance maritale.

Certes, l'état de faillite n'empêche pas que le failli ne soit ordinairement capable d'autoriser sa femme.

Mais si le contrat qu'elle veut faire a pour effet de soustraire à l'actif immobilier de la faillite, sans équivalent pour la faillite, une valeur dont le mari est *incapable* de disposer, le mari sera, dans ce cas spécial, *incapable* de donner l'autorisation, puisque l'autorisation, dans ce cas, n'est pas autre chose que la disposition : elle en est la cause efficiente.

Digitized by Google

Donc l'autorisation est nulle.

Donc la femme se trouve engagée dans un cas où le mari n'était pas capable de l'autoriser.

Donc l'engagement de la femme est nul, et elle peut faire prononcer cette nullité.

Ou la femme ignorait la cessation des payements,

Ou la femme la connaissait.

Si elle l'ignorait, elle a été trompée par son mari; elle l'a été aussi par le créancier. Celui qui n'a pour débiteur que le mari, et qui s'en prend à la femme quand les payements cessent, et cessent de manière à être suivis plus tard d'un jugement déclaratif, sans que la situation se rétablisse dans l'intervalle, a nécessairement trompé la femme, en concourant avec le mari à lui cacher la situation des affaires du mari.

Si la femme connaissait la cessation des payements, elle semblerait dans une position plus défavorable envers la masse : mais la question n'est pas là. La question est dans sa position vis-à-vis du créancier, qui la menace de poursuivre et de faire déclarer le mari en faillite, si elle refuse d'accéder à son obligation et d'acquérir ainsi une hypothèque légale, que le créancier exercera de son chef. La question est encore dans sa position envers son mari, à l'ascendant duquel elle est souvent forcée de céder. Comment donc ne verrait-on pas là, au fond, et l'erreur, qui devient la cause déterminante de l'engagement de la femme, et la violence morale, qui détruit tout consentement? J'en prends pour exemple l'espèce de l'arrêt du 15 mai 1850 : *Tison* avait remis à ses prêteurs de prétendus billets de lui et de sa femme longtemps avant d'avoir cessé ses payements; mais la femme l'ignorait, et la signature portée aux billets n'était qu'une contrefaçon de la sienne. Dix mois après, le mari tombe en faillite, et deux jours avant le dépôt du bilan, il détermine sa femme à remplacer les billets faux de ses prêteurs par des billets antidatés signés d'elle et de lui à la même date que les anciens. N'est-il pas vrai que la femme n'a agi, de l'autorisation de son mari, que sous la violence des faits et sous l'empire de la crainte que lui inspirait un faux commis par son mari? Dès qu'il est devenu certain par l'instruction que c'était dans le temps suspect, dans

Digitized by Google

les dix jours qui précédaient le dépôt du bilan que le mari avait fourni les vrais billets de sa femme, n'était-il pas certain que les anciens créanciers étaient sans droit pour demander qu'on leur constituât une hypothèque sous le nom de la femme? N'était-il pas certain qu'ils avaient fait dans le temps prohibé, avec le failli, la convention illicite de substitution d'anciens titres avec des titres nouveaux susceptibles de produire à leur profit une hypothèque aux dépens de l'actif? N'est-il pas vrai qu'alors le sieur Tison était frappé de l'incapacité de faire acquérir une hypothèque sans recevoir actuellement des deniers? N'est-il pas vrai, par conséquent, que la femme Tison n'a jamais été valablement engagée, faute d'autorisation valable, et que, par conséquent, elle n'avait qu'à s'en prendre à elle-même de n'avoir pas demandé la nullité de son engagement nul?

Si toutes les espèces où la femme sait que son mari a arrêté ses payements ne manifestent pas aussi énergiquement la violence qu'elle éprouve, ceux qui connaissent ces sortes d'affaires et les mœurs de ceux qui font en petit le commerce d'argent, savent qu'il n'en est pas une seule où la femme ait signé librement et avec conscience de ce qu'elle faisait : donc, puisque le mari était incapable d'autoriser, la raison légale comme les raisons morales doivent faire annuler l'engagement de la femme contracté en temps prohibé.

§ VI. — Il y en a d'ailleurs un motif irrésistible : c'est que si l'engagement de toutes les parties, contracté dans le temps intermédiaire de la cessation de payements au jour du jugement déclaratif, est, pour celles des parties qui n'ont pas connaissance de la cessation de payements, nul pour cause évidente d'erreur de fait, il est, pour les parties qui ont agi avec connaissance de cette cessation de payements, frappé d'une nullité absolue, comme contraire aux bonnes mœurs dans le sens des articles 6 et 1133 du Code Napoléon.

Quand ces articles disent qu'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et *les bonnes mœurs*, et que la cause d'une obligation est illicite quand elle est contraire *aux bonnes mœurs*, ils n'entendent pas seulement

Digitized by Google

parler de cette morale éternelle, qui est la même dans tous les temps et dans tous les lieux, mais des mœurs particulières à la Cité, que le législateur veut développer dans des vues d'intérêt public : « *Quod adjicitur* contrà bonos mores.... *generaliter* » *accipiendum adversus bonos mores hujus civitatis.* » (L. 15, §§ 5 et 6, ff., *De Injuriis.*)

Les mœurs particulières des commerçants doivent être fondées sur l'économie, et leur intérêt leur commande de perdre le moins possible. De là le désir naturel de ne perdre point une créance et de la sauver même quand d'autres ne devraient rien recevoir. A ces mœurs particulières, la loi a voulu opposer des mœurs publiques en matière de faillite; elle a voulu que le commerçant malheureux ne tardât pas à en appeler à ses créanciers réunis; elle a voulu que les créanciers supportassent également le malheur commun, et ne fissent aucune tentative pour obtenir l'un plus que l'autre dans les ressources du failli à partir de la cessation de payements. Elle a fait plus : elle a frappé de peines correctionnelles tout créancier faisant un traité particulier à la charge de l'actif du failli (art. 597 et 598), même dans le cas où ce traité n'aurait pas pour objet d'acheter la voix du créancier. Elle a donc élevé an rang des *bonnes mœurs* du commerce l'esprit d'égalité et de désintéressement individuel dès le commencement du naufrage commun; elle a donc déclaré contraire aux bonnes mœurs tout ce qui serait contraire à cette égalité et au désintéressement individuel, à partir du commencement du désastre; d'où je conclus que le traité ou convention verbale ou écrite entre le failli et le créancier, pour créer conventionnellement, par l'interposition de la femme, une hypothèque qui n'existait pas, et qui vient diminuer l'actif immobilier, est un contrat contraire *aux bonnes mœurs commerciales* que la loi a eu en vue de fonder. Donc, un pareil contrat ne peut subsister ni au regard des créanciers chirographaires, ni au regard de la femme, ni même au regard du failli. Il est nul entièrement.

COIN-DELISLE.

Digitized by Google

A QUI DU MAIRE OU DU CONSEIL MUNICIPAL APPARTIENT-IL DE FIXER LE BAN DE VENDANGES?

Par M. SERRIGNY,
Professeur à la Faculté de droit, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour impériale de Dijon.

Au nombre des anciennes banalités figurait le droit qui appartenait au seigneur justicier de donner, par ses officiers, le ban des vendanges, c'est-à-dire d'en indiquer le jour, et de vendanger ses vignes avant le jour fixé pour l'ouverture générale des vendanges.

Voici quelques-unes des dispositions de la coutume de Beaune, de 1370, sur le ban de vendanges : « Art. 26. Quand le fruit de » vignes approchera de cuillir, proudhommes seront éleus qui se- » ront envoyés par les vignes avec les vignex, et selon ce qu'ils » rapporteront les proudhommes, li maire et les eschins ordon- » neront les bans de venvinges, et doivent lidits maire et eschins » garder lesdits bans par leur serment qu'ils ne soient brisés ni » enfreins.

» Art. 29. Quand li maire et li eschins auront établi les bans » de venvinges, ils le doivent faire noncer et publier par trois » jours devant ou moins, pour que l'on puisse avoir meilleur » marché de charrettes et de venvingeurs [1]. »

Un arrêt du parlement de Bourgogne, du 29 avril 1717, rapporté par Davot et Bannelier, ordonne, à cet effet, « qu'environ le temps des vendanges, la communauté et les propriétaires et cultivateurs des vignes seront assemblés en la place publique devant le juge, à la diligence des échevins, au son de la cloche et à la manière accoutumée, permet aux propriétaires forains des vignes de se trouver à ladite assemblée, pour, à la pluralité des voix, nommer quatre prud'hommes qui, après le serment

[1] *V.* M. Ch. Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, t. II, p. 332.

Digitized by Google

par eux prêté devant le juge, présideront à la visite des vignes du territoire et reconnaissance de la maturité des raisins, dont ils feront rapport, qu'ils remettront et affirmeront au greffe de la justice des biens, le même jour de visite et reconnaissance, pour par le juge faire incessamment, sans retard et sans frais, une ordonnance par laquelle il indiquera le jour de l'ouverture générale des vendanges, *conformément au rapport*[1]. »

La révolution de 1789, qui était une émancipation des mille entraves que le régime féodal avait accumulées sur les personnes et les choses, abolit les droits de banalité par la loi du 15-28 mars 1790, tit. 2, art. 23. Le Code rural, ou la loi du 28 septembre-6 octobre 1791, titre 1er, sect. 5, art. 1er, proclame que « chaque propriétaire sera libre de faire sa récolte, de quelque » nature qu'elle soit, avec tout instrument et au moment qui » lui conviendra, pourvu qu'il ne cause aucun dommage aux » propriétaires voisins. » Voilà le principe de la liberté reconnu et consacré par le législateur; puis vient l'exception à la règle : « Cependant, dans les pays où le ban de vendanges est en usage, » il pourra être fait à cet égard un règlement chaque année, *par » le conseil général de la commune*, mais seulement pour les » vignes non closes. Les réclamations qui pourraient être faites » contre le règlement seront portées au directoire du départe- » ment, qui y statuera sur l'avis du directoire de district. »

Les motifs qui ont porté le législateur à autoriser la conservation du ban de vendanges dans les lieux où il était en usage ne sont plus entièrement les mêmes que ceux qui l'avaient fait établir. Anciennement, il avait pour causes : 1° l'intérêt du seigneur justicier, qui vendangeait ses vignes un jour avant l'ouverture de la vendange générale, et qui payait les vendangeurs à meilleur marché; 2° celui des décimateurs, qui étaient avertis de venir lever la dîme à des jours fixés; 3° enfin celui du public, qui obtenait un plus grand concours de voitures et de vendangeurs, plus de maturité dans les raisins et plus de facilité à surveiller le gaspillage et le maraudage. Les deux premiers motifs n'existent plus, mais le législateur a pensé que le troisième motif pouvait

[1] V. *Traités de droit français à l'usage du duché de Bourgogne*, t. II, p. 378, édit. de 1751.

Digitized by Google

encore être pris en considération pour limiter ici le droit individuel de liberté, si *le conseil général de la commune* le jugeait suffisant.

On sait que, par *conseil général*, le législateur entendait alors le corps ou conseil municipal, à lui joint le corps des notables, en nombre double de celui des conseillers municipaux (*V.* L. du 14 décembre 1789, art. 31).

Le conseil général de la commune n'existant plus depuis la Constitution du 5 fructidor an III, on s'est demandé à qui appartient aujourd'hui le droit de fixer le ban de vendanges. Merlin, qui ne savait pas ce que c'est que la récolte des vignes, a résolu la question en un mot, en substituant au texte de la loi de 1791, qui parle du conseil général de la commune, les mots : « (aujourd'hui par le maire)[1]. » Depuis, les auteurs qui ont posé la question ont suivi son opinion, sans qu'aucun, à ma connaissance, l'ait contredite ; et cependant, à mon sens, il n'est pas d'opinion qui soit plus contraire aux principes du droit et à l'intérêt des populations viticoles, si elle était suivie dans la pratique.

Pour soutenir l'opinion de Merlin, on dit : Le conseil général de la commune a conservé le droit de délibérer sur le ban de vendanges tant que le corps municipal a eu le droit de faire des règlements. Ce pouvoir réglementaire lui était conféré par la loi du 19-22 juillet 1791, art. 46, qui portait : « Aucun tribunal de » police municipale, ni aucun corps municipal, ne pourra faire » de règlements. Le corps municipal pourra néanmoins, sous le » nom et l'intitulé de *délibération*, et sauf la réformation, s'il y » a lieu, par l'administration du département, sur l'avis de ce- » lui du district, faire des arrêtés sur les objets qui suivent : » 1° lorsqu'il s'agira d'ordonner les précautions locales sur les » objets confiés à sa vigilance et à son autorité par les articles 3 » et 4 du titre 11 du décret du 16 août (1790) sur l'organisation » judiciaire ;

» 2° De publier de nouveau les lois et règlements de police, » ou de rappeler les citoyens à leur observation.

[1] V. *Répertoire de jurisprudence*, v^is *Ban de vendanges*, n° 12.

Digitized by Google

Cela était conforme au principe qui régissait alors l'administration municipale et départementale; on sait que l'action administrative était confiée à des corps multiples à tous les degrés, sauf au sommet, de telle sorte que l'Assemblée constituante avait fait de l'organisation de la France un corps républicain surmonté d'une tête monarchique, ce qui ne pouvait pas manquer d'amener le renversement de la tête par le corps, ou réciproquement. La loi du 28 pluviôse an VIII ayant introduit l'*unité* dans l'administration municipale (art. 13) aussi bien que dans l'administration départementale (art. 3), elle a investi les maires, *relativement à la police* (dit art. 13), des fonctions alors exercées par les administrations municipales de canton, les agents municipaux et les adjoints, en vertu de la Constitution du 5 fructidor an III. Depuis cette époque, le pouvoir réglementaire de police, qui appartenait au corps municipal entier d'après la loi du 19-22 juillet 1791, a passé au maire seul; ce qui a été confirmé par la loi du 18 juillet 1837, art. 11.

On peut ajouter que l'article 10, n° 1, de cette même loi, charge le maire de la police rurale; or le ban de vendanges paraît rentrer dans cette catégorie de ses attributions.

On s'est prévalu encore de l'article 14, suivant lequel *le maire est chargé seul de l'administration*, et l'on a dit que la fixation du ban de vendanges est un acte d'administration qui, comme tel, doit appartenir au maire.

Ces raisons ne me touchent en aucune façon, et je n'ai jamais pu comprendre comment une délibération aussi importante que celle relative au ban de vendanges pourrait être abandonnée au maire seul. Il peut avoir un intérêt opposé à celui de la masse des habitants : s'il possède des vignes en plants fins, situées sur des coteaux, qui demandent une grande maturité et sont à l'abri de la pourriture, il voudra retarder l'époque de sa vendange; s'il possède des vignes en plants communs, situées dans des lieux bas et sujettes à la pourriture, il voudra vendanger de bonne heure, sans attendre une parfaite maturité. Suivant qu'il sera ou non partisan du ban de vendanges, il l'adoptera ou le rejettera. En le supposant parfaitement désintéressé, il est certain qu'un

Digitized by Google

homme seul n'offre pas, en pareille matière, autant de garantie que plusieurs personnes réunies et délibérant en commun.

Le recours ouvert devant le préfet par la loi du 28 septembre-6 octobre 1791 ne serait qu'un remède tout à fait inefficace, par la raison qu'il s'agit d'un arrêté temporaire, exécutoire aussitôt après sa publication, et contre lequel le recours, n'étant pas suspensif, produirait un résultat tout à fait illusoire.

Aussi a-t-on vu plus haut que, dans tous les temps, la délibération sur cette matière avait été confiée à un corps multiple; d'après l'ancienne coutume de Beaune de 1370, qui ne faisait que constater un usage antérieur, le maire et les échevins étaient appelés à délibérer sur le ban de vendanges, après le rapport de prud'hommes élus à cet effet. Cet ancien usage, confirmé par l'arrêt du parlement de Bourgogne, du 29 avril 1717, qui ajoute aux garanties en appelant dans les communes rurales toute la communauté à délibérer, a été consacré de nouveau par le Code rural de 1791, qui y a substitué le conseil général, institué pour délibérer sur les grandes affaires de la commune.

Enfin j'ai toujours vu le même usage se perpétuer jusqu'à nos jours par équipollence, c'est-à-dire que les conseils municipaux sont appelés à délibérer sur le ban de vendanges dans nos communes où l'usage de ce ban s'est conservé.

A Beaune, il se délibère dans une assemblée de deux délégués de chaque commune appelés encore aujourd'hui *prud'hommes*, réunis sous la présidence du sous-préfet, assemblée qui a certains rapports avec les municipalités cantonales créées momentanément par la Constitution de l'an III, et avec les conseils cantonaux proposés dans la Constitution de 1848. Après la délibération de l'assemblée, le sous-préfet prend un arrêté pour en publier le résultat, qui fixe le ban de vendanges pour toutes les communes dont les délégués ont figuré dans la réunion. L'objet de cette agglomération est de procurer l'entente des communes voisines, afin qu'elles vendangent à des jours différents et coordonnés, soit pour éviter la concurrence si elles vendangeaient le même jour, soit pour faciliter la formation des cuvées appartenant à des propriétaires qui possèdent des do-

Digitized by Google

maines disséminés sur les territoires de plusieurs communes voisines.

Je n'ai point à me préoccuper de la légalité de la réunion centralisée au chef-lieu de l'arrondissement pour un certain groupe de communes, ni de celle de l'arrêté du sous-préfet qui proclame ses délibérations; je ne cite ce fait que pour prouver l'importance que nos populations viticoles attachent à la mesure du ban de vendanges, et la persistance de l'usage ancien qui le considère comme une attribution rentrant dans la première partie de la règle, suivant laquelle *délibérer est le fait de plusieurs, et agir est le fait d'un seul.*

Il faudrait donc trouver une disposition bien précise pour en induire que le législateur a voulu enlever cette attribution au corps délibérant de la commune, représenté aujourd'hui par le conseil municipal. L'article 13 de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui sert de base à l'opinion contraire, n'a confié au maire l'unité de pouvoir que *relativement à la police et à l'état civil.* Or le règlement du ban de vendanges ne tient pas à la police rurale; c'est une mesure de même nature que le règlement relatif à la vaine pâture dont il est parlé dans la loi du 28 septembre-6 octobre 1791, tit. 1er, sect. 4, art. 13, suivant lequel la quantité de bétail que chaque ayant droit peut envoyer au vain pâturage doit être fixée dans chaque paroisse à tant de bêtes par arpent, d'après les règlements et usages locaux, et à défaut de document positif à cet égard, il doit y être pourvu *par le conseil général de la commune.* Or il n'est pas à ma connaissance que l'on ait prétendu que le pouvoir de faire ce règlement ait passé au maire; il me semble que tout le monde est d'accord qu'il appartient aujourd'hui au conseil municipal.

C'est déjà un puissant argument fondé sur l'analogie pour accorder au conseil municipal le même pouvoir quand il s'agit du ban de vendanges, puisque ces deux matières sont réglementées dans les mêmes termes et dans la même loi. Ce qui prouve que la loi du 28 pluviôse an VIII leur est étrangère, c'est qu'elles ne sont pas comprises dans le titre 2 du Code rural, qui a pour rubrique : *De la police rurale*, mais dans le titre 1er, intitulé : *Des biens et usages ruraux.* Donc l'article 13 de la loi de l'an VIII,

Digitized by Google

en transportant au maire les attributions précédemment exercées par les administrations municipales de canton *relativement à la police*, a laissé au conseil municipal celles que la législation antérieure donnait au conseil général relativement *aux biens et usages ruraux*.

Qu'on ne dise pas que l'article 19, n° 8, de la loi du 18 juillet 1837 a formellement conservé au conseil municipal le droit de délibérer sur le parcours et la vaine pâture, tandis qu'il n'existe rien de semblable pour le ban des vendanges; car je répondrais que le paragraphe final du même article a également maintenu le conseil municipal dans le droit de réglementer le ban de vendanges, en disant qu'il délibère « sur tous les objets » sur lesquels les lois et règlements appellent les conseils muni- » cipaux à délibérer; » ce qui comprend virtuellement le cas prévu par la disposition du Code rural relative au ban de vendanges.

L'argument tiré de l'article 10, n° 1, de la loi du 18 juillet 1837 est réfuté par ce qui vient d'être dit; du moment que la fixation du ban de vendanges ne rentre pas dans la police rurale ou municipale, on ne peut pas le placer dans les attributions des maires en vertu d'un texte qui lui donne ces branches de la police.

Enfin l'objection tirée de l'art. 14 de la même loi a encore moins de force. Cet article n'a en vue que le partage, ou plutôt le règlement des attributions du maire par rapport à ses adjoints; il est complétement étranger à la division des pouvoirs entre le maire et le conseil municipal, ainsi que cela résulte et du texte de cet article, et de la rubrique du chapitre sous lequel il est placé, comparée avec la rubrique du chapitre suivant.

Au surplus, je pense que, en ce qui concerne le ban de vendanges, il faut distinguer le pouvoir de délibération du pouvoir d'exécution, laisser le premier au conseil municipal, et donner le second au maire. Ainsi, le conseil délibérera sur le point de savoir s'il faut ou non conserver le ban de vendanges dans la commune; si la question est résolue affirmativement, il délibérera sur la fixation du jour de l'ouverture de la vendange dans

Digitized by Google

la commune. Puis le maire sera chargé de l'exécution de la délibération et pourra prendre un arrêté pour prescrire toutes les mesures de police à l'effet de maintenir la liberté de circulation, d'empêcher le gaspillage des raisins, d'interdire le grappillage dans les vignes avant l'époque qui sera fixée, en un mot pour ordonner toutes les mesures de police. De la sorte, chaque autorité restera dans la sphère naturelle de ses fonctions, et la maxime qui sert de base à nos institutions administratives sera respectée.

Du reste, il est à observer que, depuis la révolution de 1830, le ban de vendanges a été successivement abandonné dans beaucoup de communes du département de la Côte-d'Or, et que chaque année cette abolition fait de nouveaux progrès. Cela prouve que l'extension des droits individuels est conforme à l'esprit des populations, qui préfèrent la liberté de faire leurs récoltes à leur gré, à la soumission à une banalité qui contrarie l'exercice de cette liberté, bien qu'ici la banalité eût de très-grands avantages. Les meilleurs esprits sont encore partagés sur la question de savoir si le ban de vendanges n'offre pas plus d'avantages que d'inconvénients.

SERRIGNY.

Digitized by Google

LEGS SANS CLAUSE DE PRÉCIPUT. — CALCUL DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE [1].

Par M. Gabriel DEMANTE,
Professeur suppléant à la Faculté de droit, membre de l'Académie de législation de Toulouse [2].

Un père de famille fait un legs à un de ses enfants, sans clause de préciput ; quel sera l'effet de ce legs : 1° à l'égard des autres enfants ; 2° à l'égard des colégataires, soit que l'enfant accepte la succession, soit qu'il y renonce ?

I. Si l'enfant légataire accepte la succession, d'après la doctrine la plus répandue, le legs est comme non avenu. La disposition de l'art. 843 du code Napoléon est, dit-on, formelle en ce sens : « L'héritier ne peut réclamer les legs, à lui faits par le » défunt, à moins que ces legs ne lui aient été faits par préciput » ou hors part. »

Les auteurs qui soutiennent cette doctrine [3] sont parfaitement conséquents, lorsque, en la forme, ils critiquent l'application faite au legs du mot *rapport*, et, au fond, lorsqu'ils refusent d'appliquer aux legs les règles édictées par le Législateur d'une manière générale, notamment la base de toute la théorie du rapport, le principe formulé par l'article 857 C. Nap. en ces termes : « Le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier, il n'est » pas dû aux légataires, ni aux créanciers de la succession [4]. »

[1] *V.* la *Revue*, t. II, p. 743, note 2. Dans l'article auquel nous renvoyons, il y a lieu d'opérer une rectification. Page 735, effacez la note marquée d'un astérisque, et remplacez-la par la ligne suivante : « Cet intérêt cesse alors seulement » qu'il y a cinq enfants, ou plus, acceptant l'hérédité. »

[2] Ce travail a été communiqué à l'Académie de législation de Toulouse, dans sa séance du 23 février 1853.

[3] *V.* Delvincourt, sur l'article 857, t. II (1834), notes 4 et 5 de la page 40. — Chabot, sur l'article 857, n° 13. — Malpel, n° 275. — M. Duranton, t. VII, n°s 207 et 261. — *V.* au contraire MM. Aubry et Rau, t. IV, § 627, note 8.

[4] Ce principe n'est pas nouveau ; l'ancienne jurisprudence française l'avait depuis longtemps établi, malgré la généralité du texte de la coutume de Paris

Digitized by Google

Il est certain que, par la nature essentielle des dispositions testamentaires, l'application de ce principe se trouve beaucoup plus restreinte dans le cas d'un legs que dans le cas d'une donation entre-vifs, et jamais assurément un legs ne sera opposable aux créanciers de la succession. Il n'est pas cependant sans intérêt de protester du maintien du principe posé par l'article 857, et de rechercher jusqu'à quel point il peut être efficace dans son application au legs, fait à un des héritiers sans clause de préciput.

C'est ce que je vais tâcher d'établir par les considérations suivantes :

Le rapport ne constitue pas l'annulation d'une libéralité, mais l'association de tous les cohéritiers dans le bénéfice de cette libéralité. Suivons d'abord les déductions de ce principe quant aux donations entre-vifs, là où ces déductions sont plus nombreuses et généralement incontestées.

1) Même à l'égard des cohéritiers, il serait inexact de dire que l'obligation du rapport annule toujours la donation ; ce résultat a lieu, sans doute, lorsque le rapport se fait en nature, et telle est la règle générale, mais cette règle reçoit exception dans trois cas : 1° à l'égard du mobilier corporel [1] (art. 868, Cf. 869) ; 2° et 3° à l'égard des immeubles donnés, lorsqu'il y a dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots *à peu près* égaux pour les cohéritiers du donataire (art. 859) ; enfin lorsque l'immeuble donné a été aliéné par le donataire avant l'ouverture de la succession (art. 859, 860).

Ces effets que conserve la donation au regard des cohéritiers du donataire, ont leur importance, mais c'est surtout à l'égard des tiers que la déduction de notre principe est considérable.

(art. 300) : « *Aucun ne peut être héritier et légataire d'un défunt ensemble.* » La prohibition de la coutume, disait-on, est uniquement relative aux cohéritiers du légataire, mais non pas à ses colégataires étrangers. — *V.* l'arrêt du parlement de Paris du 26 avril 1649, cité par Ricard, *Donations*, 1re partie, ch. 3, sect. 15, n° 658. — Bourjon, 2e partie des *Successions*, ch. 5, n° 7. — M. Giraud a mentionné ce point, avec une grande exactitude, dans son *Précis de l'ancien droit français*, inséré dans la *Bibliothèque de l'École des chartes*, 3e série, t. III, p. 411.

[1] A l'égard du mobilier incorporel, il y a lieu de suivre les règles tracées pour les immeubles.

Digitized by Google

2) A l'égard des tiers, en effet, la donation subsiste purement et simplement, avec toutes ses conséquences.

D'où il suit : 1° Que les biens rapportés ne doivent pas être compris dans la déclaration à faire par les héritiers, pour l'établissement des droits de mutation, et que même aucun droit proportionnel n'est dû à raison du rapport en nature de ces biens [1].

2° Que les créanciers *de la succession* ne peuvent aucunement saisir les biens rapportés, ces biens ayant été irrévocablement aliénés par le donateur de son vivant (art. 857, 921).

3° Que les donataires, en vertu d'actes postérieurs à l'avancement d'hoirie, et les légataires doivent subir la réduction, dès là que les biens, existant au décès, ne suffisent pas à l'acquittement de la réserve, bien que, par l'effet du rapport, chacun des enfants se trouve avoir un lot supérieur à sa portion propre dans la masse réservée [2].

[1] *Dictionnaire de l'enregistrement*, v° *Rapport*, n° 2. — MM. Rigaud et Championnière, t. III, n° 2523. — *A fortiori* pour le rapport en moins prenant, *V*. MM. Rigaud et Championnière, t. II, n° 912. — Mais c'est à tort, suivant moi, que ces auteurs disent incidemment (n° 2523) que « si la disposition rap- » portée est un legs, le legs devient caduc. » Dans les relations des héritiers avec la Régie seule, la question est sans intérêt, puisque le droit de mutation par décès est établi d'après le degré de parenté des successeurs, sans distinguer la succession légitime et la succession testamentaire (L. 22 frimaire an VII, art. 69, § 1—3°, § 3—4°. — L. 21 avril 1832, art. 33. — L. 18 mai 1850, art. 10). Mais indirectement, la Régie peut se trouver intéressée dans le débat, puisque les enfants, en produisant par contribution sur la quotité disponible, en vertu du legs rapporté (*V*. sur ce point la 2e proposition de la page 4), diminueront d'autant les droits dont sont frappés les parts des légataires, collatéraux ou non parents.

[2] *V*. en ce sens M. Duranton, t. VII, n°s 275 et 279. — MM. Aubry et Rau, t. V, § 684 *ter*, note 13. — Ce résultat n'est contesté par aucun auteur ; il résulte même virtuellement de l'interprétation unanimement admise, suivant laquelle l'article 857 doit s'entendre comme l'article 921 (*V*. notamment M. Marcadé sur l'article 857, n° I). La différence de rédaction des deux articles s'explique par un accident purement fortuit de la discussion au Conseil d'État (*V*. M. Duranton, t. VII, n° 276, et M. Coin-Delisle, *Limite du droit de rétention par l'enfant donataire*, n°s 90-96, qui donne de piquants détails sur l'intervention personnelle du premier consul dans la discussion). Il est certain qu'à l'égard des créanciers la question est la même, qu'il s'agisse du rapport ou de la réduction. Mais à l'égard des légataires, j'ai vu de bons esprits répugner à admettre que les enfants puissent refuser d'acquitter le legs en entier, en gardant entre leurs mains une portion supérieure à leur réserve. « Le légataire universel, disait-on, pourra leur objecter » qu'au moyen de l'action qu'ils ont contre leur frère pour le forcer au rapport, » chacun d'eux se trouve rempli de sa réserve légale. » Cette argumentation revient à dire que les légataires ne peuvent demander le rapport, mais qu'ils en profitent ; et si les légataires en profitent, comment exclure les créanciers !! — Je

Digitized by Google

Recherchons maintenant jusqu'à quel point ces diverses déductions de la nature du rapport sont applicables au rapport des legs.

1) A l'égard des cohéritiers, la décision de l'article 860 est évidemment inapplicable. Mais il en est tout autrement de l'article 859 § 2 et de l'article 868 ; ces deux articles sont parfaitement applicables à l'héritier légataire, sinon dans leur texte au moins dans leur esprit ; et de même que l'héritier donataire peut, dans ces deux cas, par exception à l'article 843, *retenir sa donation*, l'héritier légataire doit pouvoir, par exception au même article 843, *réclamer son legs*. De cette façon on donne un effet raisonnable à la volonté expresse du père de famille, sans aucune atteinte notable au principe de l'égalité [1].

Toutefois comme l'article 843 pose le principe général et que les exceptions établies par les articles 859 et 868, ne comprennent pas formellement les legs, je conçois le doute sur ce point, par respect pour la lettre de la loi.

2) Mais à l'égard des tiers, aucun doute ne me paraît possible ; le legs subsiste et produit, à leur égard, tous les effets dont un legs est susceptible.

D'où il suit que, si la chose léguée excède la réserve de l'enfant

n'insisterais pas autant sur cet argument si je n'avais vu, dans plusieurs occasions, des jurisconsultes distingués hésiter à admettre la solution que j'énonce comme incontestable.

[1] Je puis invoquer en ce sens la doctrine professée par M. Demante, mon père, dans son enseignement oral : il présente cette doctrine comme seule propre à concilier avec la volonté probable du testateur la règle qui défend de cumuler le legs avec la part héréditaire. « En effet, dit-il (dans une note écrite de sa main), » le testateur n'a pas fait un legs pour qu'il fût réputé non écrit. Mais comme, » d'un autre côté, il n'est pas censé avoir voulu rompre l'égalité entre ses héri- » tiers lorsqu'il ne s'en est pas formellement expliqué, il est raisonnable d'ad- » mettre qu'il a voulu à la fois et l'exécution du legs et le maintien de l'égalité. Or » c'est précisément le résultat qu'on obtient en appliquant là le principe du rap- » port en moins prenant, si les objets légués en sont susceptibles. Cet expédient, » il est vrai, manquera lorsque le legs aura pour objet un immeuble qui n'aura » pas dans la succession d'équivalent en biens de même nature. Mais le legs alors » aura probablement assez d'importance pour permettre de supposer que le testa- » teur a voulu donner à son successible le choix entre le titre d'héritier et celui » de légataire : supposition qui, au contraire, serait presque toujours absurde » quand le legs sera mobilier. »

M. Mourlon (*Répétitions écrites*, t. II, p. 148) a recueilli cette doctrine, mais sans la développer et sans la mettre d'accord avec les prémisses par lui posées. Tous les autres auteurs sont implicitement contraires.

Digitized by Google

légataire, son droit au legs *rapporté* subsiste au profit de tous les cohéritiers, et est opposable à ses colégataires. Par conséquent les héritiers, en vertu de ce legs qui leur est communiqué, pourront produire à la contribution ouverte entre les légataires, *mais seulement pour la portion de ce legs qui est imputable sur la quotité disponible*[1].

Voilà la seule déduction à tirer ici du principe de l'article 857, les autres déductions, applicables au rapport des donations entre-vifs, se trouvant écartées par le caractère essentiel des dispositions testamentaires.

II. Passons au cas où l'enfant légataire renonce à la succession, pour réclamer le legs à lui fait (art. 845).

Je ne reprendrai pas la controverse, soulevée sur le cas analogue de la renonciation de l'enfant donataire[2]; je prends pour accordée la jurisprudence de la Cour de cassation, formelle quant à ce point, et je veux essayer de déduire toutes les conséquences de ce système pour le cas de renonciation de l'enfant légataire, sur lequel la Cour n'a pas eu à se prononcer.

Ainsi il est entendu et, pour le moment, hors de toute controverse que le principe de l'indisponibilité d'une partie du patrimoine, établi dans l'intérêt des enfants, ne doit s'appliquer qu'avec tempérament aux dispositions faites en faveur des enfants ou de l'un d'eux; en d'autres termes, bien que l'enfant, en sa seule qualité d'enfant, ne puisse pas réclamer sa réserve, s'il renonce à la succession, il peut néanmoins, dans ce cas, comme donataire ou comme légataire, retenir ou réclamer sa portion dans la masse réservée.

Cela posé, examinons l'effet du legs 1° à l'égard des cohéritiers du renonçant, 2° à l'égard de ses colégataires.

1) A l'égard des héritiers, l'enfant légataire pourra-t-il réclamer son legs jusqu'à concurrence du montant cumulé de sa réserve et de la portion disponible? La question n'est pas

[1] L'imputation préalable sur la réserve de toutes les libéralités, faites à un enfant, n'est plus contestée par personne, au cas d'acceptation de la succession, depuis le célèbre arrêt *Saint-Arroman* (C. cass., *ch. réunies*, 8 juillet 1826).

[2] *V.* la *Revue*, t. II, p. 81, 148 et 732.

Digitized by Google

jugée pour le legs, parce qu'elle l'est aujourd'hui pour la donation. En effet, il nous manque ici la considération principale qui fonde la théorie relative à la donation, à savoir : l'existence d'un droit, acquis irrévocablement au donataire antérieurement à l'ouverture de la succession. Ce droit qui est opposable au donateur pendant sa vie, est opposable conséquemment à toute manifestation de sa volonté dernière, et puisque le père de famille, s'il se repent d'une libéralité imprudente, faite à l'un de ses enfants, ne pourrait pas la restreindre dans son intérêt personnel, il s'ensuit qu'il ne peut pas la restreindre dans l'intérêt de ses autres enfants, encore moins dans l'intérêt d'un légataire; en somme, la donation ne peut être entamée que par l'action en réduction des héritiers à réserve, quelle que soit du reste la volonté expresse ou présumée du père de famille.

Dans le cas de legs, au contraire, le droit du légataire s'ouvre en même temps que celui de l'héritier, chacun d'eux peut argumenter de la volonté de l'auteur commun, et il y a lieu de combiner la volonté expresse du père, résultant de son testament, et sa volonté présumée, qui fonde l'ordre légal des successions. Si, par exemple, le père de famille ayant deux enfants, a légué à un de ses enfants tel bien, qui, en fait, vaut les deux tiers de sa succession, il a certainement voulu que ce bien appartînt à l'enfant légataire, voilà sa volonté expresse. D'un autre côté, par cela qu'il a disposé sans clause de préciput, la loi présume qu'il a voulu laisser à son autre enfant sa portion héréditaire complète, c'est-à-dire la moitié de son patrimoine, voilà sa volonté tacite. Ces deux volontés sont mathématiquement inconciliables; si nous leur attribuons la même efficacité, il faut procéder à une réduction proportionnelle de la disposition expresse à titre particulier des deux tiers et de la disposition tacite à titre universel de la moitié (art. 926, C. Nap., *in fine*).

Mais ce n'est là qu'une pure subtilité.

Logiquement la volonté expresse du père de famille doit prévaloir sur sa volonté présumée.

En texte, l'art. 926, dont la valeur est fort contestable, ne doit pas être étendue au delà de ses termes précis, et c'est dans

Digitized by Google

l'interprétation de l'article 845 que nous devons chercher la solution du cas proposé. Or la faculté de renoncer à la succession se trouve aujourd'hui [1] établie dans les mêmes termes, soit au profit du légataire, soit au profit du donataire. Dans le cas de donation, cette faculté maintient le droit acquis au donataire, droit devenu indépendant de la dernière volonté du père; dans le cas de legs, elle fait prévaloir la volonté expresse du père de famille sur sa volonté présumée de maintenir l'égalité entre ses enfants, et *étant admis que toute libéralité du père envers un de ses enfants a pour effet de le remplir préalablement de sa part dans la réserve*, il s'ensuit que l'enfant légataire pourra réclamer l'acquittement intégral de son legs, sauf la réserve des autres enfants.

L'interprétation donnée à l'article 845 pour le cas de renonciation du donataire, doit donc s'étendre aussi bien à la renonciation du légataire. Le texte ne comporte nulle distinction; quant aux considérations morales, elles ne sont pas de même nature dans les deux hypothèses, mais elles ne sont pas moins fortes dans l'une que dans l'autre. En effet, on ne saurait nier, même en se plaçant au point de vue du Code civil, que le père n'ait manifesté une certaine préférence pour l'enfant légataire, même alors qu'il n'a pas disposé à titre de préciput. Il est donc juste, *en cas d'insuffisance du patrimoine*, que cette préférence amène l'inégalité entre les enfants, et que l'enfant légataire soit rempli intégralement de son legs, en tant qu'il n'atteint pas la part des autres enfants dans la réserve.

Voilà comment notre solution se peut justifier alors que l'enfant légataire est en concours avec ses seuls frères et sœurs. Mais si nous le trouvons en concours avec des colégataires, la question

[1] La différence résultant de la nature des choses, entre la position de l'enfant donataire et celle de l'enfant légataire, avait été aperçue par nos anciens jurisconsultes (*V.* Duplessis, *Successions*, liv. I, ch. 3, sect. 1). Le texte de la coutume de Paris (art. 307) pouvait même autoriser cette distinction, mais la jurisprudence l'avait proscrite (Cf. Duplessis, *loco citato*, et Bourjon, 2e partie des *Successions*, ch. 5). Lorsque les rédacteurs du Code civil ont embrassé expressément dans l'article 845 et le cas de donation et le cas de legs, ç'a été précisément pour consacrer la jurisprudence qui avait prévalu.

Ce point m'a été signalé par mon savant collègue, M. Bénech, dans la discussion qui s'est ouverte sur mon travail à l'Académie de législation de Toulouse.

Digitized by Google

se replace dans les mêmes termes, soit qu'il s'agisse d'une donation, soit qu'il s'agisse d'un legs.

C'est ce qui nous reste à examiner.

2) Lorsque, indépendamment du legs fait à un de ses enfants, le père de famille a épuisé au profit d'autres personnes toute la quotité disponible, l'imputation du legs, fait à l'enfant, sur sa part dans la réserve, se fonde sur les mêmes motifs que l'imputation de la donation : il répugne d'admettre que la renonciation de l'enfant à la succession bouleverse toute l'économie du testament et change la position de ses colégataires. Puisque cette renonciation a pour unique objet d'affranchir le successible du rapport, elle doit nuire seulement à ceux auxquels le rapport eût profité, c'est-à-dire aux héritiers, mais elle doit demeurer indifférente aux légataires, pour lesquels l'opération du rapport fût demeurée sans résultat [1].

Quoi qu'il en soit, ce principe n'est pas pour le moment en discussion ; il s'agit seulement d'en tirer les déductions compatibles avec le caractère essentiel des legs ; spécialement, s'il y a lieu à contribution entre les légataires, comment réglerons-nous les droits de l'enfant ?

Puisque la part afférente à cet enfant dans la réserve n'était disponible que par rapport à lui, il faut nécessairement admettre qu'il sera payé par préférence de toute cette portion et que, pour le surplus seulement, il viendra en contribution avec ses colégataires sur la quotité, disponible d'après le droit commun [2].

En procédant ainsi, la position des légataires étrangers reste identiquement la même, soit que l'enfant accepte la succession, soit qu'il y renonce ; le rapport effectué, ou non, ne leur cause ni profit ni perte, et ce résultat me paraît tellement essentielle à la

[1] *V.* M. Dufour, *Revue étrangère et française*, 1836, p. 490. — *Revue critique*, t. II (1852), p. 152.

[2] De même, en cas de donation, il faut décider que la donation, retenue par l'enfant, ne pourra pas être réduite au delà des limites de sa réserve, et que les héritiers devront, en lui laissant sa réserve intacte à titre de donation, réclamer la leur sur les donations antérieures. Telle est la doctrine de Ricard (*Donations*, 3e partie, n° 1065). — Cf. Delvincourt sur l'article 924 C. Nap.

Digitized by Google

théorie du rapport qu'il est, à mes yeux, le *criterium* de la vérité.

Post scriptum. Je n'ai pu compléter cette discussion par la production d'aucune décision judiciaire; la raison en est péremptoire, c'est que je n'en connais aucune. Je m'explique le silence des arrêtistes en considérant que les parents ne font guère par testament, au profit de leurs enfants, que des legs par préciput ou des partages. Mais comme ce résultat négatif peut tenir aussi bien à l'insuffisance de mes recherches, je serais heureux, si quelqu'un des lecteurs de la *Revue* voulait bien combler cette lacune de mon travail.

GABRIEL DEMANTE.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de décembre 1852 [1].

Par M. PAUL PONT,
Docteur en droit, président du Tribunal de Corbeil.

SOMMAIRE.

1. *Notaire; avances; intérêts.* — Les notaires ont-ils droit aux intérêts de leurs avances pour l'enregistrement des actes qu'ils reçoivent à dater du jour où ils ont fait ces avances? — Peuvent-ils au moins stipuler que ces avances produiront des intérêts en cas de non-remboursement à l'époque fixée?
2. *Bail; destruction totale; force majeure; dommages-intérêts.* — La démolition de l'immeuble loué, ordonnée par l'autorité administrative, à raison tant de sa vétusté que du défaut d'alignement, constitue-t-elle un cas fortuit dans le sens de l'article 1722 C. Nap.?
3. *Bail; destruction partielle; reconstruction.* — Lorsque le preneur, dans le cas de destruction partielle de la chose louée, opte pour la continuation du bail, peut-il exiger, outre la diminution du prix à laquelle il a droit, la reconstruction aux frais du bailleur?
4. *Séparation de biens; affiche.* — Suffit-il, lorsqu'il n'y a pas de tribunal de commerce siégeant dans la commune même où le mari est domicilié, que l'extrait du jugement de séparation de corps soit affiché dans la principale salle de la maison commune du domicile?
5. *Séparation de biens; poursuites; interruption.* — La discontinuation des poursuites pendant trois ans et demi est-elle une interruption dans le sens de l'article 1444 C. Nap.?
6. *Enregistrement; vente; projet.* — L'acte sous seing privé portant vente avec promesse de rédiger un contrat public, donne-t-il ouverture au droit de la mutation?

1. — (CASS. 18 MARS 1850 ET 24 JANV. 1853 : *J. P.*, 1850, 1, 699; *Devill. et Car.*, 53, 1, 179; *Dall.*, 53, 1, 29.) — Nous signalons ici deux arrêts qui, parfaitement d'accord quant au principe, se séparent dans l'une de ses applications. La Cour de

[1] Notre Examen doctrinal ne se bornera pas aux arrêts rapportés par les recueils dans les cahiers de décembre, ces cahiers étant consacrés, sauf celui du *Journal du Palais*, aux tables de l'année. Ainsi nous avons relevé non-seulement ceux des arrêts qui nous ont paru intéressants dans le cahier de décembre du *Journal du Palais*, mais encore, en reprenant les cahiers antérieurs, quelques arrêts que le défaut d'espace ne nous a pas permis de signaler dans nos précédents articles.

Digitized by Google

cassation a constamment décidé que les notaires n'ont droit à l'intérêt de leurs avances que du jour de la demande en justice, conformément à l'article 1153 du Code Napoléon, et non du jour où ils les auraient faites, l'article 2001 du même Code n'étant pas applicable dans ce cas. La Cour a posé les premières bases de cette jurisprudence dans un arrêt du 30 mars 1830, et depuis elle a, par trois arrêts successifs des 11 novembre 1833, 24 juin 1840 et 18 mars 1850, maintenu cette solution, que plusieurs Cours impériales ont adoptée, mais que d'autres ont rejetée au contraire. — L'arrêt du 18 mars 1850, l'un des deux que nous relevons ici, était allé même plus loin; car de ce que les intérêts ne courraient pas de plein droit à dater de l'avance, cet arrêt avait tiré la conséquence que les intérêts sont sujets à répétition de la part du client qui les aurait payés en croyant les devoir, et il jugeait ainsi dans un cas où les juges du fond avaient reconnu que les intérêts *avaient été convenus de bonne foi*. (*V.* l'arrêt cassé de la Cour de Douai, du 10 juillet 1847; *J. P.*, 1847, 2, 429.)

C'est en ce dernier point que le second arrêt que nous relevons ici s'écarte absolument du premier. L'arrêt du 24 janvier 1853 reconnaît, en effet, aux notaires le droit de stipuler, par une convention expresse, dans leurs actes, l'intérêt de leurs avances pour le cas où ces avances ne seraient pas remboursées dans le délai déterminé; et cela exclut virtuellement la répétition de la part du débiteur qui aurait payé les intérêts stipulés.

Néanmoins, l'arrêt contient en même temps, dans ses motifs, une confirmation très-expresse de la règle d'après laquelle les intérêts ne seraient pas dus de plein droit aux notaires à raison de leurs avances. Nous avons à examiner, avant tout, si en droit ce point est bien fondé.

L'article 1153 du Code Napoléon dispose que dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi. Cet article ajoute : « Ces dommages et intérêts *ne sont dus que du jour de la demande*, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit. »

Digitized by Google

Voilà la règle : les notaires doivent donc s'y soumettre à raison des avances qu'ils font à leurs clients, s'ils ne peuvent se placer dans aucun des cas qui sont l'objet d'une exception.

Or ces cas sont assez nombreux. Pour n'en indiquer que quelques-uns, rappelons que les intérêts sont dus de plein droit par l'*associé* de son apport; à l'*associé* de ses avances; à la *caution* de ce qu'elle a payé; par le *mandataire* des sommes employées à son usage; au *mandataire* de ses avances; au *débiteur solidaire* de ce qu'il a payé pour ses codébiteurs; au *negotiorum gestor* de ce qu'il a payé pour celui dont il a géré l'affaire, etc. La loi, la doctrine et la jurisprudence sont parfaitement d'accord sur ces divers points. (*V.* Toulouse, 4 fév. 1829; Bordeaux, 16 juill. 1830; Caen, 7 août 1840 et 4 juill. 1842. — *V.* aussi Domat, liv. 3, t. 4, sect. 3, n° 2; Rousseau de la Combe, v° *Caution*, sect. 6, n° 9, et MM. Merlin, *Rép.*, v° *Intérêts*, § 2, n° 10; Delvincourt, t. II, p. 615; Duranton, t. XI, n° 246, et t. XVIII, n° 553; Troplong, *du Mandat*, n°s 652, 679; *du Cautionnement*, n° 345; *de la Société*, n° 603; Ponsot, *du Cautionnement*, n° 240.)

Le notaire serait-il fondé à se placer, à raison des avances par lui faites à son client, (nous entendons parler seulement des avances *suite nécessaire* de l'acte) dans l'une de ces positions exceptionnelles? A ne consulter que les données générales de la jurisprudence, il semble, *à priori*, que l'une, du moins, lui convient sous tous les rapports. « Les notaires, dit M. Troplong, *du Mandat*, n° 217, sont des *mandataires*..... M. Merlin les vengea, le 27 janvier 1812, dans un plaidoyer solide, de l'injustice qu'on voulait leur faire de les comparer à des *locatores operarum*. Un arrêt rendu, à mon rapport, par la chambre des requêtes de la Cour de cassation le 24 juin 1840, qualifie expressément le notaire de *mandataire des parties pour recevoir leurs dispositions.* » (*V.* encore MM. Championnière et Rigaud, t. II, n° 1482). Et en effet, la jurisprudence, en général, applique les règles du mandat tant contre le notaire qu'en sa faveur. Ainsi, d'une part, dans toutes les questions de responsabilité, elle considère le notaire comme mandataire, et la Cour de cassation, bien qu'elle tende, par ses derniers arrêts (*V.* Cass.,

Digitized by Google

30 juin 1852; *J. P.*, 1852, 2, 266) à tempérer la rigueur excessive à laquelle la jurisprudence se laissait aller sous ce rapport, la Cour de cassation n'en a pas moins toujours maintenu l'idée de mandat comme base de ses décisions sur les questions de responsabilité. D'une autre part, la jurisprudence reconnaît au notaire la qualité de mandataire lorsqu'il réclame soit les avances qu'il a faites à ses clients, en dehors de ses frais d'acte (Cass., 31 déc. 1845; *J. P.*, 1846, 2, 433), soit la solidarité par application de l'article 2002 du Code Napoléon, contre toutes les parties contractantes, pour le remboursement du principal de ses déboursés de timbre et d'enregistrement (Cass., 27 janvier 1812, 26 juin 1820, 15 nov. 1820, 19 avril 1826, 10 novembre 1828, 20 mai 1829; Riom, 8 déc. 1838; Toulouse, 20 avril 1847). Cela étant, voici ce qu'on est naturellement porté à en conclure. Si le notaire est mandataire, s'il l'est notamment quand il tire de sa caisse les déboursés relatifs à ses actes, en ce sens qu'il a pour obligés *solidaires* au remboursement de ces déboursés toutes les parties contractantes par application de l'article 2002, la même qualité doit le suivre encore lorsqu'il réclame les intérêts de ces mêmes déboursés, en ce sens qu'il peut invoquer le bénéfice de l'article 2001 pour se faire attribuer l'intérêt à dater du jour où il a fait l'avance. Et c'est, en effet, la doctrine qui a été le plus généralement admise par les auteurs. *V.* MM. Rolland de Villargues, v° *Honoraires*, n° 326; Dalloz, v° *Notariat*, t. X, p. 436, n° 12; Coulon, *Dial.*, t. III, p. 312; *Journal des Notaires et des Avocats*, art. 7138; *Journal du Notariat*, n° 251 (16 septembre 1846); *Contrôleur*, art. 8957 (année 1850, numéro de juin).

Cependant, on l'a vu, la jurisprudence, sauf quelques décisions, ne va pas jusqu'à cette conséquence. Le notaire, d'après elle, est bien mandataire des parties *pour recevoir leurs dispositions*, selon l'expression de l'arrêt de 1840 rappelée par M. Troplong; mais il cesse de l'être lorsqu'il paye de ses deniers l'enregistrement des actes passés devant lui : dès lors, et d'après la jurisprudence, l'intérêt des avances faites de ce chef par le notaire tombe sous l'application de la règle générale de l'article 1153 C. Nap., et le notaire ne saurait être admis à réclamer, pour cet

Digitized by Google

intérêt, le bénéfice de la disposition exceptionnelle contenue dans l'article 2001 du même Code.

Nous l'avouerons, cette solution, hautement approuvée par M. Troplong (*du Mandat*, n° 684), nous avait paru d'abord la meilleure, à certains égards, sinon par les motifs de droit qu'on a toujours mis en avant pour l'appuyer, au moins par des considérations d'ordre public que la jurisprudence n'a jamais émises, mais dont il est probable qu'elle s'est plus particulièrement inspirée. Cependant, en y regardant de plus près, surtout en pénétrant plus avant dans l'examen du fait pratique, nous sommes arrivé à nous convaincre qu'en droit la jurisprudence n'est pas fondée, et qu'en fait elle a pris le chemin le moins sûr pour atteindre le but qu'elle a dû se proposer.

Et d'abord, quelles sont, en droit, les considérations par lesquelles on refuse aux notaires le bénéfice de l'article 2001? A cet égard, nous ne saurions mieux faire que reproduire le rapport auquel M. Troplong fait allusion dans le passage que nous citions tout à l'heure. Le savant magistrat a présenté, dans ce rapport qui précéda l'arrêt précité du 24 juin 1840, une argumentation dont la pensée se reflète dans les arrêts par lesquels la Cour de cassation a statué, avant comme depuis, sur la question. Voici ce qu'on y lit : « ..... Sans doute, le notaire est le mandataire des parties pour recevoir leurs dispositions et les convertir en acte public; mais quand il s'agit du payement des droits que le fisc prélève sur les actes, le notaire n'agit plus dans le rôle de simple mandataire des parties; ce n'est pas par suite de son mandat et pour le conduire jusqu'au bout qu'il paye; il paye parce que la loi fiscale lui en impose une obligation spéciale. D'après elle, il est débiteur envers le trésor; il est lié personnellement envers lui, sauf son recours. C'est donc dans la loi fiscale qu'il faut aller puiser les conséquences de l'obligation extraordinaire qu'elle impose; de cette obligation, dis-je, qui dépasse les limites du mandat, car on ne la trouverait pas dans le mandat si la loi ne l'imposait expressément. Or la loi du 22 frimaire an VII, qui, dans son article 29, constitue le notaire débiteur du fisc, lui donne, dans l'article 30, les moyens d'assurer son remboursement du côté de la partie débitrice; et là elle ne parle pas des in-

Digitized by Google

térêts de plein droit; elle les repousse donc par son silence, et dès lors les intérêts ne peuvent être dus que du jour de la demande..... » Reprenons cette argumentation.

Le notaire, dit-on, paye les droits par suite d'une obligation directe et personnelle. On pourrait opposer qu'en fait ceci n'est point d'une exactitude parfaite. Interrogez la pratique notariale, elle constate qu'au moment même de la signature de l'acte, il intervient habituellement, entre le notaire et le client, une convention, un accord par lequel le notaire consent à faire l'avance du droit d'enregistrement. Et puis si le notaire paye, s'il paye avant l'expiration de ces délais de dix ou de quinze jours que la loi de frimaire lui accorde pour l'enregistrement de ses actes, et par conséquent avant que le fisc puisse exercer contre le notaire l'action directe qu'il a contre lui, il est vrai de dire que le notaire a payé, a avancé le droit en vertu de la convention intervenue entre son client et lui plutôt qu'en vertu de son obligation personnelle. C'est une convention qui s'est formée à l'occasion du mandat dont le notaire était investi, c'est une convention extensive volontairement arrêtée et qui a ajouté au mandat spécial du notaire comme elle aurait ajouté à un mandat ordinaire, puisque le mandataire ordinaire n'est pas obligé à faire des avances. Où est donc le motif pour qu'elle ne donne pas au notaire tous les droits qu'elle donnerait au mandataire ordinaire, et spécialement le droit que consacre l'article 2001 du Code Napoléon, de se faire payer l'intérêt des avances à partir du jour où elles ont été faites?

Mais laissons de côté cette situation, bien qu'elle soit celle qui se produit le plus fréquemment, et supposons que le notaire fasse l'avance en vertu de l'obligation directe que lui impose la loi de frimaire, qu'en va-t-il résulter au point de vue de la difficulté dont il s'agit ici? On dit que dans un intérêt purement fiscal et pour mieux assurer la rentrée de l'impôt, la loi donne deux débiteurs au trésor, le notaire et la partie, et par suite que le notaire qui paye se libère personnellement et n'agit pas comme mandataire. Évidemment il y a là confusion. En quoi consiste, en définitive, le mandat du notaire et quel est l'objet de ce mandat? Le notaire doit aux parties non-seulement de recevoir

Digitized by Google

leurs conventions, mais encore de placer ces conventions dans les conditions parfaites d'authenticité. Or l'enregistrement, s'il n'a plus pour objet, aujourd'hui comme sous la loi de 1790, d'assurer par lui-même l'authenticité de l'acte et d'en constater la date, reste néanmoins comme moyen d'assurer l'existence de l'acte et d'en compléter l'authenticité. La présentation par le notaire de l'acte à la formalité n'est donc, dans la vérité des choses, que le complément du mandat que le notaire a reçu. L'action que la loi accorde ensuite au trésor contre le notaire personnellement dérive de cette situation même : elle en dérive d'abord parce que le notaire reste dépositaire de la minute; elle en dérive ensuite et précisément parce qu'il est mandataire des parties. Est-ce que le notaire aurait été grevé de l'obligation de payer le droit s'il n'avait pas été chargé de recevoir l'acte qui donne ouverture à ce droit? Cette obligation ne lui est-elle pas imposée précisément parce qu'il a reçu l'acte et parce qu'en cela il a été le mandataire de son client? Et dès lors, cette obligation n'est-elle pas une suite, une dérivation même du mandat qui lui a été confié? Après cela qu'importe que la loi, pour mieux assurer la rentrée de l'impôt, ait voulu donner deux débiteurs au trésor? La condition respective du notaire et du client et les relations qui se sont établies entre eux n'en sauraient être changées. Que vis-à-vis du trésor le notaire en payant éteigne son obligation, sa dette, nous le voulons bien; mais de lui à la partie, il y a alors un recours qui prend naissance; car si, d'après l'article 29 de la loi de frimaire, le notaire doit *acquitter* le droit, c'est le client qui doit le *supporter* d'après l'article 31 de la même loi. Or ce recours, c'est dans le mandat même confié par le client au notaire qu'il a sa source et son principe. Comment donc ne tomberait-il pas sous l'application de l'article 2001 C. Nap.?

Enfin, ferons-nous une dernière concession, admettrons-nous que l'obligation du notaire lui soit imposée comme fonctionnaire public, indépendamment du mandat qu'il a reçu de son client, sa qualité pourra être changée, mais ses droits n'en seront pas moins les mêmes. Comme nous l'avons dit ailleurs (*Traité de l'enreg.*, n° 5108), l'action personnelle qui appartient à la régie contre les officiers publics rédacteurs des actes, ne préjudicie pas

Digitized by Google

à celle que la régie a de droit contre la partie, car on ne saurait admettre que celui-là précisément soit à l'abri de toute action qui seul profite de l'acte. Ainsi, en définitive, la régie a deux débiteurs au lieu d'un, deux débiteurs tenus non point pour partie, mais chacun pour le tout, puisque la dette n'est pas divisible. Si donc chacun est tenu pour le tout, c'est que tous deux sont débiteurs solidaires; à la vérité ils ne sont pas engagés de la même manière, mais la solidarité ne tient pas nécessairement à ce que l'obligation soit une quant au mode d'après lequel les codébiteurs sont liés, comme elle est une par rapport à la chose qui en est l'objet (art. 1201, *V.* Pothier, *des Oblig.*, n° 263) : la dette est donc solidaire et la solidarité résulte, dans ce cas, non point d'une stipulation expresse, mais de la position qui est faite aux débiteurs par la loi (art. 1202). Or l'affaire ne concerne qu'un seul des codébiteurs; au fond, elle concerne le client exclusivement. La position est donc régie par l'article 1216 du Code Napoléon et d'après cet article, « si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés, par rapport à lui, que comme des cautions. » Ainsi, quant au droit d'enregistrement, le notaire, débiteur même comme notaire et non autrement, serait réputé caution de la partie, et alors il ne servirait de rien, pour renverser notre solution, de ne pas reconnaître en lui le caractère de mandataire, celui de caution lui restant, puisque incontestablement la caution, de même que le mandataire, a droit, du jour du payement, à l'intérêt des sommes par lui payées pour le débiteur (art. 2028).

Ce point établi, les autres objections tombent d'elles-mêmes. Car que dit-on? que c'est dans la loi fiscale et non ailleurs qu'il faut rechercher les conséquences de l'obligation imposée au notaire. Mais il est par trop évident que cette loi n'avait pas de telles conséquences à déduire. Son but unique, la Cour de cassation l'a toujours reconnu et elle le proclame dans chacun des arrêts qui statuent sur la question, a été d'assurer la rentrée de l'impôt; tous les moyens en sont organisés dans cette vue : pour le surplus, elle s'en réfère au droit commun. C'est donc au droit

Digitized by Google

commun qu'il faut demander la solution des différends qui peuvent surgir entre le client et le notaire, lorsque ce dernier demande à exercer ses droits. On reconnaît cela sans hésitation aucune quand le notaire, en répétant les avances par lui faites, excipe contre toutes les parties à l'acte de la solidarité établie par l'article 2002. N'est-il pas contradictoire de le nier quand en demandant les intérêts, c'est-à-dire l'accessoire de ces mêmes avances, il réclame le point de départ fixé par l'article 2001?

C'est, dit-on enfin, que l'article 30 de la loi de frimaire, qui donne au notaire le droit de lever un exécutoire pour accélérer la rentrée des avances par lui faites, ne dit pas un mot des intérêts de plein droit. Mais où donc est l'article de la loi spéciale qui ait consacré la solidarité des parties contractantes pour la dette du principal des avances? Le silence de la loi spéciale a-t-il été cependant un obstacle à ce que cette solidarité ait été reconnue et proclamée par la jurisprudence en faveur des notaires? Pourquoi donc le silence de la loi spéciale agirait-il en sens contraire relativement aux intérêts de plein droit? Et puis, d'ailleurs, est-ce que le silence de l'article 30, à cet égard, n'était pas commandé par la nature même des choses? D'abord, l'article s'occupe de la procédure à suivre pour contraindre le client à se libérer envers son notaire quand il s'y refuse, et, on en conviendra, la place eût été mal choisie pour y poser le principe des intérêts. Ensuite, il y avait ceci de spécial que, dans la pensée de la loi, l'*exécutoire* devait être pour le notaire ce que la *contrainte* est pour l'administration elle-même, un mode sommaire de poursuite : à ce point de vue, il devait être une espèce de subrogation dans l'action de l'administration, subrogation accordée à l'officier public qui aurait fait l'avance des droits d'enregistrement. Or, quant à l'administration, la contrainte n'a et ne peut avoir pour objet que le droit principal, puisque aucune loi ne l'autorise à exiger du contribuable en retard l'intérêt de ce principal. Donc l'article 30 qui substitue l'officier public dans le mode expéditif et sommaire que la loi avait réservé à l'administration, ne pouvait et ne devait pas parler des intérêts. Cela veut-il dire que le tiers qui aurait payé pour le débiteur du droit, et spécialement le notaire, ne puisse pas réclamer ses intérêts par les

Digitized by Google

voies ordinaires et dans la mesure d'une stricte équité? En aucune façon; l'article n'en dit pas un mot : il laisse donc les parties dans les termes du droit commun. Or, le droit commun, c'est que le mandataire, la caution, le débiteur solidaire, et le notaire est tout cela quand il s'agit de l'avance des droits, acquièrent l'intérêt de leurs avances du jour où ils les ont déboursées.

En droit donc, la prétention des notaires est fondée, et la jurisprudence, en l'écartant par les motifs ci-dessus rappelés, n'a pas mesuré à leur juste portée les textes sous l'autorité desquels cette prétention s'est dès l'abord placée. A cet égard, nous n'avons jamais conçu des doutes sérieux.

Mais en fait, et ici nos convictions n'ont pas été d'abord également assurées à tous égards, on peut dire que les avances présentent un danger sérieux dans la pratique notariale, d'une part, en ce qu'elles peuvent venir en aide au notaire riche et aventureux au détriment du notaire pauvre ou plus circonspect, l'un pouvant, au moyen du crédit qu'il accorde, attirer des clients que l'autre est forcé de repousser; et, d'une autre part, en ce qu'elles tendent à augmenter les recouvrements qui sont une cause de gêne pour le notaire, et qui, en s'accumulant, peuvent porter le désordre dans ses affaires. Ces considérations d'ordre public ont-elles influé sur la jurisprudence, et les juges ont-ils supposé qu'ils obvieraient à ce double inconvénient en refusant au notaire les intérêts de plein droit de ses avances? Nous le croyons, bien que pas un arrêt ne l'ait dit; quelques indications nous permettent en effet d'affirmer que si une enquête était faite, il n'est pas de Cour, parmi celles qui seraient d'avis de sanctionner la jurisprudence dominante, qui ne motivât cet avis sur le double danger que nous venons d'indiquer.

Il faut le dire pourtant, ces deux dangers ne sont pas également réels. Que les avances puissent être, pour les notaires, un moyen de concurrence déloyale, nous nous refusons à l'admettre. L'expérience des affaires avertit que lorsqu'un client doit à l'étude une somme qu'il ne peut pas payer, il quitte l'étude; en sorte que le notaire qui ferait de trop fréquentes avances s'exposerait par là à perdre plus de clients qu'il n'en attirerait. Au

Digitized by Google

contraire que l'accumulation des avances soit un grave inconvénient pour la pratique notariale, nous le reconnaissons. La multiplicité des avances fait la multiplicité des recouvrements; et les recouvrements sont une gêne et un mal pour le notaire : il n'en est pas un qui ne doive convenir de cela.

Mais le remède est-il dans le moyen que la jurisprudence a imaginé? Là est la question. Sans doute, quand on ne va pas au fond des choses, on peut considérer comme très-efficace, en vue de détourner de la pensée de faire des avances, le moyen qui consiste à priver le notaire des intérêts : et c'est l'avis vers lequel nous avons d'abord penché. Mais quand on y réfléchit, quand on se place sur le terrain de la pratique, on voit que les avances sont une nécessité que les notaires subissent et qu'ils ne créent pas; en sorte que la jurisprudence qui frappe pour éteindre l'abus, manque de justice et de logique en atteignant, comme elle fait, celui qui souffre de l'abus, au lieu d'atteindre celui qui en profite.

Les avances, disons-nous, sont une nécessité que les notaires subissent. C'est une vérité qui doit cependant être circonscrite. Cela ne serait pas exact par rapport aux notaires placés dans les grands centres. Ceux-là sont dans une position toute particulière qui leur est faite par le milieu même dans lequel ils opèrent. Les commerçants et les industriels qui s'adressent à eux sont exposés à trop de fluctuations, et leur prospérité est trop fragile pour que le crédit puisse leur être fait avec sécurité; en outre, ils agissent sur de grosses sommes, et sont par là même amenés à reconnaître que le notaire n'y suffirait pas s'il avait à faire l'avance des droits d'enregistrement. Aussi la question qui nous occupe est-elle à peu près indifférente aux notaires de ces localités; et demandez aux notaires de Paris, par exemple, s'il est juste qu'on leur accorde l'intérêt de plein droit pour leurs avances, ils répondront, sans trop réfléchir, que le notaire n'a pas intérêt à ce qu'on le tienne pour mandataire de ses clients.

Dans les centres plus restreints, et notamment dans les campagnes, il en est autrement. La masse des affaires y est d'une très-minime importance ; de plus, le notaire vit à côté du client : il s'établit donc entre eux des relations de confiance qui permet-

Digitized by Google

traient difficilement au notaire de refuser l'avance des droits de timbre et d'enregistrement qui, pris isolément, se résument en un chiffre fort modique. Les circonstances particulières viennent ensuite et rendent quelquefois le refus absolument impossible. Par exemple, un client a une fortune immobilière assez considérable, mais il est sans capitaux dans un moment où il y aurait urgence pour lui à réaliser une opération; par exemple encore, on est dans cette période de mai à octobre pendant laquelle l'habitant de la campagne a besoin de toutes ses ressources, si tant est qu'il en puisse réunir assez, pour ses récoltes, et l'intérêt du client est sérieusement engagé à ce qu'il fasse une affaire. Le notaire refusera-t-il, dans ces cas, le secours qu'on lui demande? Entravera-t-il, par son refus, un acte nécessaire ou une opération urgente? Il ne le peut pas; il avance donc les droits de timbre et d'enregistrement, et s'y détermine parce qu'en général on lui promet une restitution fort prochaine. La restitution ne vient pas ensuite, ou au moins elle se fait attendre, parce que les ressources sur lesquelles l'emprunteur avait compté ne sont pas réalisées, parce qu'un événement quelconque, une récolte manquée, une perte de bétail, une maladie, a trompé toutes les prévisions : le crédit se prolonge, car la créance est bonne, en définitive, et on ne veut pas engager des poursuites qui ruineraient le débiteur. Voilà l'origine des avances, voilà comment elles sont inévitables en quelque sorte et nécessaires, voilà comment le crédit a de la durée.

Dans cette situation, faut-il frapper le notaire comme fait la jurisprudence? Encore une fois, ce n'est ni logique ni juste; mais de plus, et ceci est très-grave, c'est aller directement contre le but qu'on s'est proposé. La jurisprudence a posé en principe que les avances des notaires ne produiraient pas intérêt de plein droit, et l'habitant de la campagne qui, avant tout, calcule, a compris à merveille qu'en payant ses prix de vente ou ses obligations, il s'exonérerait des intérêts, tandis qu'en ne payant pas le notaire, il gagnerait l'intérêt des sommes qu'il n'aurait pas payées. Il n'a donc pas payé le notaire, et aujourd'hui il n'est pas rare de voir, dans les campagnes, des clients libres de toutes leurs obligations, quittes de tous leurs prix de

Digitized by Google

vente, qui doivent encore au notaire les frais de tous leurs actes. Ceci est, en partie, l'œuvre de la jurisprudence; elle a, sans le vouloir, ajouté aux causes légitimes, et dans tous les cas inévitables, d'avances de la part des notaires, un motif susceptible de tenter la cupidité des clients; les recouvrements s'en sont accrus, et en effet nous avons sous les yeux un document émané non point de notaires isolés, mais de chambres disciplinaires, qui constate que dans le rayon de ces chambres au nombre de 175, les notaires, même les plus diligents, ont vu grossir leurs recouvrements depuis qu'il leur est interdit de prétendre à l'intérêt de leurs avances.

Mais, dira-t-on peut-être, pourquoi le notaire ne stipule-t-il pas des intérêts avant de faire l'avance? La réponse eût été facile et péremptoire avant l'arrêt du 24 janvier 1853, l'un de ceux que nous signalons ici. A quoi bon, aurait-on pu dire, une stipulation d'intérêts en présence de l'arrêt de cassation du 18 mai 1850 qui soumettait le notaire à une répétition, même pour des intérêts *convenus de bonne foi*? Aujourd'hui, nous en convenons, la stipulation sera un moyen plus praticable, si la jurisprudence inaugurée par l'arrêt de 1853 vient à prévaloir. Mais sera-t-il efficace, sera-t-il suffisant pour détruire ou corriger l'inconvénient résultant des recouvrements? On en peut douter. D'abord le moyen ne pourra pas être employé dans les actes unilatéraux, dans ceux où comparaît une seule personne, par exemple dans les quittances, dans les dépôts d'actes sous seings privés, faits par une seule partie; car n'y ayant pas là de tiers auquel la stipulation puisse profiter, cette stipulation serait entre le notaire et son client, ce qui est interdit par la loi du 25 ventôse an XI. Il faudrait donc recourir à un acte distinct et séparé : or le notaire l'obtiendrait difficilement du client de bonne foi, il ne l'obtiendrait jamais du client de mauvaise foi. — Ensuite, ces sortes d'actes, ces conventions ne se généraliseront pas : la raison en est dans les circonstances mêmes où se font les avances des notaires. A très-peu d'exceptions près, les avances sont demandées, dans le principe, non point pour un long délai, mais pour quelques jours, pour quelques semaines, jusqu'au moment où le client compte réaliser lui-même. Le client est de bonne foi en

Digitized by Google

faisant cette promesse, et ne fût-il pas de bonne foi, le notaire aurait de la peine à s'en apercevoir; le notaire cédera donc et ne voudra pas exiger la signature d'une convention séparée pour les intérêts d'une avance dont il ne compte pas demander des intérêts, cette avance devant lui être remboursée presque immédiatement, et rien ne lui donnant à penser, au moment de l'avance, que tels ou tels faits viendront ensuite en ajourner indéfiniment le remboursement.

Ainsi les avances demeureront une nécessité de la pratique pour les notaires ruraux, et pas plus que la privation des intérêts de plein droit, une stipulation préalable et spéciale d'intérêts n'y saurait rien changer. A ce point de vue, l'arrêt du 24 janvier 1853, avec ses concessions, demeurera, comme les arrêts antérieurs avec leur théorie absolue, à peu près inefficace contre des traditions et des usages qui ont leur raison d'être dans les circonstances que nous avons indiquées.

Est-ce à dire qu'il faille respecter ces traditions et ces usages, même dans ce qu'ils ont d'abusif? En aucune façon. Seulement, en cette question, comme en beaucoup d'autres que soulève la pratique notariale, le plus sage et le plus sûr serait de procéder par l'action disciplinaire. Ainsi ne portons pas atteinte au droit commun; laissons les avances des notaires produire des intérêts de plein droit, et même que les notaires soient tenus de le déclarer expressément dans leurs actes afin que les parties en soient averties : ce sera déjà un bon moyen d'exciter le client à se libérer au plus tôt. Et en même temps que les chambres de discipline aient une action pour contraindre le notaire à faire des appels fréquents auprès des clients en retard, et une sanction contre ceux qui négligeraient de le faire, ainsi les crédits auront moins de durée et les recouvrements se restreindront dans une mesure normale.

2.—(PARIS, JUILL. 1852; *J. P.*, 1852, 2, 663.)—La loi impose au bailleur des obligations essentielles ou nécessaires; le bailleur doit délivrer la chose louée au preneur, sans cela il n'y a pas de bail possible; il doit entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée; enfin il en doit faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail (C. Nap.,

Digitized by Google

art. 1719). C'est pour cela que si, même par cas fortuit ou événement de force majeure, la chose louée vient à périr en tout ou en partie, la perte est pour le bailleur sans que le preneur puisse avoir aucun préjudice à en souffrir. Ainsi, la chose est-elle détruite en totalité, le bail est résilié de plein droit; est-elle détruite en partie seulement, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix ou la résiliation même du bail (art. 1722). Cependant, comme en définitive on ne saurait rien imputer au bailleur dans l'un ou l'autre cas, l'article 1722 ajoute que dans l'un, pas plus que dans l'autre, il n'y aura lieu à aucun dédommagement : ce qui n'est, après tout, qu'une application spéciale de ce principe général que consacre l'article 1148 : « Il n'y a lieu à aucun dommage-intérêt lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit. »

Mais qu'est-ce que le cas fortuit ou la force majeure qui peut rompre le bail avant son terme ou en restreindre l'objet sans donner au preneur une action en dommages-intérêts contre le bailleur? Doit-on voir un fait de cette nature dans la démolition ordonnée par l'autorité administrative en vue d'un alignement? Oui : c'est là le fait du prince, un fait que le propriétaire n'a pas pu prévoir et qu'il ne saurait empêcher. « J'occupe une maison, dit M. Troplong, *du Louage*, n° 215, qui, par l'effet des règlements de voirie, est sujette à reculement; l'exécution de ces règlements oblige souvent à démolir la maison dans son entier pour la reconstruire sur un nouvel alignement et avec des distributions intérieures mieux adaptées aux besoins du moment, je serai donc forcé de quitter cette habitation sans attendre la fin du bail. — Mais si l'alignement ne retranche qu'une partie de la maison, je choisirai entre une diminution de loyer et la résiliation, » et, par rapport à ce cas, comme pour tous les autres cas de force majeure, M. Troplong avait dit : « Mais quelque parti que prenne le locataire, il n'aura jamais de dommages-intérêts à demander. Comment imputer, en effet, au bailleur un fait qu'il n'a pu ni prévoir ni empêcher? » (N° 203.)

Cependant, le même auteur fait cette précision : « Il ne fau-

Digitized by Google

drait pas confondre avec la force majeure amenée par le fait du prince, l'ordre de l'autorité qui empêcherait de réparer un mur non aligné, dont la solidité aurait été compromise par les travaux du propriétaire lui-même. Le fait de ce dernier serait ici la seule cause originaire du préjudice éprouvé par le locataire qui serait privé d'une partie de sa maison. Je crois que ce dernier pourrait obtenir, s'il y avait lieu, des dommages-intérêts. » Cela peut être admis, quoique cependant un arrêt de la Cour de Bordeaux, en date du 4 octobre 1831 (Dalloz, 1832, 2, 28; *J. P.*, *V.* l'arrêt à sa date), ait refusé des dommages-intérêts au locataire, même dans ce cas.

Mais allons plus loin; supposons que l'autorité administrative, après avoir empêché la réparation du mur non aligné dont la solidité serait compromise soit par la vétusté, soit par les travaux du propriétaire, en ordonne d'office la démolition en vue de l'alignement, faudra-t-il appliquer encore la doctrine de M. Troplong, et accorder des dommages au locataire? Voici une espèce dans laquelle le tribunal de la Seine s'était prononcé pour l'affirmative.

En juillet 1850, il fut fait sommation au propriétaire d'une maison très-ancienne de Paris d'avoir à la réparer immédiatement; la maison était sujette à reculement, et le propriétaire dut demander l'autorisation préalable de réparer : cette autorisation fut refusée, et bientôt après un arrêté préfectoral prescrivit la démolition. Dans ces circonstances, le locataire qui avait fait commettre un expert en référé pour constater l'état des lieux, forma contre le bailleur, au moment de la démolition, une demande en 16,000 fr. de dommages-intérêts, tant pour remboursement de travaux d'appropriation par lui exécutés que pour privation de son bail et perte de son fonds de commerce. Sur ce, le tribunal se fondant, d'une part, sur ce qu'il résultait du rapport de l'expert que le locataire ne pouvait habiter les lieux sans péril pour lui et sans préjudice pour son industrie; d'une autre part, sur ce qu'une ordonnance de police avait contraint le propriétaire à démolir la maison, autorisa le locataire à quitter les lieux et condamna le propriétaire à lui payer : 1° 2,500 fr. pour réparations et embellissements dans la maison; 2° 1,400 fr. pour

Digitized by Google

le remboursement des six mois d'avance, et 3° les dommages-intérêts par état pour perte du fonds de commerce et défaut de jouissance.

On voit que la difficulté du procès n'était même pas abordée par le jugement de première instance; seulement de cette circonstance que des dommages-intérêts étaient accordés au preneur à raison du défaut de jouissance, on pouvait conclure que, dans la pensée du tribunal, la démolition de la maison louée, par ordre de l'autorité, en vue de l'alignement projeté ou arrêté, ne réalisait pas un cas de force majeure qui donnât lieu soit à la résiliation du bail, soit à une diminution dans le prix du loyer, mais toujours sans indemnité à la charge du propriétaire, que le cas fortuit met dans l'impossibilité désormais de délivrer la chose louée et d'en faire jouir paisiblement le locataire pendant toute la durée du bail. Cette solution, que le tribunal, encore une fois, ne formulait pas expressément, mais qui s'induit du dispositif du jugement, et notamment de la condamnation aux dommages-intérêts prononcée contre le propriétaire, était-elle fondée? Non : aussi la décision ayant été déférée, par appel, à la Cour impériale de Paris, cette Cour l'a infirmée par arrêt du 7 juillet 1852, d'abord par le motif de fait qu'il était établi, dans l'espèce, que la maison louée avait été démolie en vertu d'une décision de l'autorité, à raison tant de la vétusté que du défaut d'alignement, et que le propriétaire avait été, par le refus d'autorisation, placé dans l'impossibilité de la réparer, et ensuite par cette considération de droit, qu'aux termes de l'article 1722 C. Nap., si pendant la durée du bail la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit, sans dommages et intérêts.

La Cour de Paris a fait en cela l'application la plus exacte de la loi. Sans doute si, comme dans l'hypothèse prévue par M. Troplong, le fait du propriétaire était la cause unique de la privation de jouissance dont le locataire aurait à se plaindre; si, par exemple, ayant pu réparer et consolider l'immeuble, le propriétaire l'avait laissé périr par vétusté, on comprendrait que sa négligence le fît déclarer responsable envers le locataire du défaut de jouissance. Mais qu'on le déclare responsable encore

Digitized by Google

alors qu'il n'a pas été en son pouvoir de réparer et consolider l'immeuble, alors surtout que la volonté manifestée de le faire a rencontré un obstacle qu'il n'avait aucun moyen de surmonter, cela assurément ne se comprend pas. Or, dans l'espèce dont il s'agit, cette dernière situation était celle du bailleur contre lequel des dommages étaient demandés. Empêché par les règlements de faire aucuns travaux confortatifs sans une autorisation préalable à sa maison, par cela seul qu'elle était sujette à reculement, il avait cherché à obtenir cette autorisation préalable; et non-seulement l'autorisation lui avait été refusée, mais encore l'autorité municipale avait prescrit d'office et d'urgence la démolition de l'immeuble. La privation de jouissance n'était donc pas imputable par le preneur au bailleur; l'inaction de celui-ci ayant été commandée par un fait supérieur contre lequel toute résistance était impossible et aurait été inutile, la démolition était, par cela même, la suite de cette force majeure que Vinnius définit « *omne quod humano cœptu prævideri non potest, nec cui præviso potest resisti.* » Ainsi c'était le cas d'appliquer l'article 1722 du Code Napoléon, et par suite d'exonérer entièrement le bailleur. Ainsi a pensé la Cour de Paris par son arrêt précité, et sa doctrine, conforme à des décisions antérieures (*V.* Bordeaux, 24 déc. 1833, et Paris, 27 juill. 1850), ne nous semble pas pouvoir être contestée, dès qu'on se rend un compte exact du cas fortuit ou de la force majeure.

3. — (PARIS, 27 JUILL. 1850; *J. P.*, 1850, 2, 94.) — On peut trouver, à un point de vue particulier, plus de difficulté dans l'hypothèse où la chose louée n'est détruite qu'en partie par l'effet du cas fortuit ou de la force majeure. Dans cette hypothèse, on l'a vu plus haut, l'article 1722 du Code Napoléon offre au preneur une alternative : le preneur peut, à son choix, demander ou la résiliation du bail ou une diminution du prix. Du reste, quelque parti qu'il prenne, il n'aura droit à aucuns dommages; l'article 1722 le dit expressément: il ne peut donc pas s'élever le moindre doute à cet égard. Mais, si le preneur prend le parti de continuer le bail moyennant une diminution du prix, sera-t-il fondé à demander que le bailleur fasse, à ses frais, les travaux nécessités par la destruction partielle; pourra-t-il exiger que le

Digitized by Google

bailleur remette ce qui reste de la chose en état de servir à l'usage pour lequel la chose entière avait été louée? La question est fort controversée. D'une part, M. Duvergier, dans sa savante continuation de Toullier (*du Louage*, n°s 522 et 523), pose en règle générale que le preneur n'est pas fondé à exiger du bailleur qu'il fasse des réparations à la partie de la chose qui n'a point péri, afin de rendre possible la continuation du bail; l'auteur excepte seulement le cas où la destruction provenant d'un fait de force majeure ne prive pas absolument le bailleur de sa chose, en ce sens que cette chose se retrouve dans une indemnité due au bailleur : tels sont les cas d'incendie d'une maison assurée, et d'expropriation pour cause d'utilité publique. Comme le bailleur n'éprouve pas alors une perte sans dédommagement, il est juste, dit M. Duvergier, qu'il répare et mette en état les lieux que le preneur veut retenir. — D'une autre part, M. Troplong enseigne au contraire, et d'une manière absolue, que le locataire est toujours fondé à demander les réparations propres à assurer sa jouissance. L'éminent magistrat argumente de ce que l'article 1722, en donnant au preneur l'option entre la résiliation et la diminution du prix, ne dit rien qui exclue l'application, dans ce cas, des articles 1719 et 1720. Tout ce qu'on peut prétendre, dit-il (*V.* n° 220), c'est que l'article 1722 garde le silence sur le droit du preneur d'exiger l'entretien et la réparation des lieux endommagés. Mais ce silence n'a rien qui tire à conséquence. L'article 1722 n'avait pas besoin de rappeler un droit écrit dans l'article 1719, droit inhérent à la position du preneur, en vertu de la nature de la convention; droit perpétuel et corrélatif à l'obligation de faire jouir prise à sa charge par le bailleur; droit qui ne peut être détaché du contrat qu'en vertu d'une renonciation certaine. Or aucune renonciation de cette espèce n'existe dans le cas que nous examinons. Lorsque les articles 1719 et 1720 ont obligé le bailleur à entretenir la chose en bon état de réparation, ont-ils distingué si les dégradations provenaient de cas fortuits, ou de vétusté, ou de vice de construction? Nullement, il y a même quelque chose de plus; c'est que l'article 1720 exclut toute restriction; il veut, en effet, que le bailleur soit tenu de faire, pendant la durée du bail, TOUTES *les réparations*

Digitized by Google

qui peuvent devenir nécessaires. Toutes les réparations! En présence de ces mots énergiques, quelle base peuvent avoir les distinctions et limitations que nous repoussons? Après cela, M. Troplong en vient aux exemples. « Un coup de vent violent et extraordinaire, dit-il, renverse la cheminée, arrache les persiennes et brise les fenêtres. Il n'importe! le propriétaire pourra laisser le locataire dans l'impossibilité de faire du feu et de se garantir des intempéries de la saison, il le pourra sous prétexte du silence de l'article 1722! Et l'on appelle cela faire jouir le preneur! — Une neige inaccoutumée charge les toitures pendant un hiver très-dur, et le toit s'enfonce. Vous croyez que, d'après les articles 1719 et 1720, le propriétaire devra s'empresser de réparer ce dégât? Nullement. Ces articles ne sont bons que pour les dégradations survenues par des causes ordinaires. Or ici il s'agit de force majeure, et l'article 1722 est muet, dans ce cas, sur l'obligation de réparer! A la vérité, le locataire a droit de continuer le bail! Eh bien! qu'il reste dans l'appartement; mais qu'il y reste sans réparation! qu'il y reste déclos et découvert; c'est tant pis pour lui. — Assurément, il suffit d'énoncer de tels résultats pour rendre inadmissible le système déraisonnable dont ils découlent. »

Qu'il nous soit permis de le dire, ni ce système ni celui de M. Duvergier ne nous paraissent complétement à l'abri de la critique; dans l'un et dans l'autre, il y a des parties exactes, d'autres qui le sont moins; et s'il y a eu quelques méprises et peut-être quelque confusion dans le débat, c'est qu'on n'a pas assez soigneusement distingué des points qui sont parfaitement distincts dans la pensée de la loi.

Ainsi, pour notre part, nous ne comprendrions pas que dans le cas de dégât, de simple endommagement provenant de cas fortuits ou de force majeure, le bailleur pût prétendre qu'il n'est pas tenu à réparation; les articles 1719 et 1720 sont généraux, en effet, et les dispositions en sont applicables, soit que les dégradations aient pour cause le cas fortuit ou la force majeure, soit qu'elles surviennent par des causes ordinaires; la distinction entre ces causes est inadmissible, et la prétention d'affranchir le bailleur en cas de force majeure n'aurait rien de

Digitized by Google

sérieux. A cet égard, les observations présentées par M. Troplong sont de la plus parfaite exactitude, et nous ne pensons pas que la doctrine combattue par M. Troplong ait eu en vue de les contester.

Mais si les articles 1719 et 1720 sont applicables au cas de simples dégradations survenues même par force majeure, l'article 1722, lui, ne s'y applique en aucune manière. Ainsi, pour prendre les exemples fournis par M. Troplong, supposons un coup de vent violent et extraordinaire qui renverse des cheminées, arrache des persiennes, brise des fenêtres; supposons encore qu'une toiture s'enfonce sous le poids d'une neige inaccoutumée qui l'a chargée pendant un hiver fort dur, le locataire pourra incontestablement exiger du bailleur des réparations qui le mettent en position de jouir paisiblement et complétement de la chose par lui louée, car les articles 1719 et 1720 font au bailleur cette obligation principale d'entretenir la chose louée en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, et d'y faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les réparations locatives. Mais le preneur ne pourra pas, s'armant contre le bailleur de l'art. 1722, venir lui dire : Voilà des dégâts survenus par force majeure, la loi m'offre comme alternative la résiliation du bail ou la diminution du loyer; j'entends en user. Le bailleur serait fondé à répondre : Non, l'article 1722 règle une autre situation; ce qu'il prévoit, c'est la *destruction* totale ou partielle de la chose louée; or ici, la chose n'est détruite ni en tout ni en partie; il y a dégradation, non point destruction proprement dite : restons donc dans les termes du bail, je ferai les réparations à ma charge; mais de votre côté, vous acquitterez, jusqu'au terme fixé, le loyer dont nous sommes convenus. Ces observations, à notre sens, seraient sans réplique : la prétention du preneur devrait être écartée.

M. Troplong qui paraît supposer le contraire, et c'est en cela que sa doctrine nous paraît mal fondée, n'a pas pris garde que l'article 1722, dans sa seconde disposition, a en vue exclusivement le cas où le preneur *est privé d'une partie de sa chose* : la ressource que cet article lui donne, dans ce cas, est très-expressive en ce sens. L'article 1722 met à la disposition du preneur,

Digitized by Google

soit la résiliation du bail, soit la diminution du prix. Pourquoi la résiliation? Évidemment parce qu'il se peut que par l'effet du retranchement qu'elle a subi, la chose ne soit plus propre à l'usage pour lequel elle avait été louée. Et pourquoi la diminution de prix? Évidemment parce que le preneur étant désormais privé d'une partie de la chose, il n'était pas juste de le laisser payer, jusqu'à la fin du bail, à raison de la chose entière. Donc si la chose demeure entière, nonobstant l'accident qui l'aurait endommagée, et tel est le cas dans les hypothèses prévues par M. Troplong, l'article 1722 est inapplicable : il suffit que le bailleur répare la chose, et le preneur est sans prétexte à invoquer l'alternative posée dans le deuxième paragraphe de l'article 1722.

Et maintenant plaçons-nous dans le cas même que règle l'article 1722, supposons que le cas fortuit ou la force majeure a détruit réellement une partie de la chose louée, et que par conséquent il s'agisse non pas de simples réparations, mais d'une véritable reconstruction, pour que le preneur puisse jouir de ce qui reste de la chose; alors cet article seul est applicable, et nous ne voyons pas sur quel prétexte le preneur, qui a opté pour la continuation du bail, sauf la diminution du loyer, exigerait du bailleur qu'il fît à ses frais ces reconstructions. Ici, les articles 1719 et 1720 sont hors de cause, comme l'article 1722 était hors de cause dans le cas précédent : nous ne sommes plus dans la situation prévue par les deux premiers articles qui se réfèrent au cas le plus ordinaire, celui où la chose louée conservant son intégrité, il n'y a qu'à la réparer; nous sommes dans une situation anormale, celle où la chose louée se trouvant détruite en partie par des circonstances indépendantes de la volonté du bailleur, le bail lui-même est modifié. Or, dans cette situation, le droit du preneur se borne soit à demander la résiliation, soit à demander une diminution de prix; et en aucuns cas il ne lui est dû aucun dédommagement. Comment donc le preneur, qui a opté pour la continuation du bail, sauf diminution du loyer, pourrait-il mettre ces reconstructions à la charge du bailleur? L'arrêt de la Cour de Paris, que nous signalons ici à l'attention du lecteur, refuse au preneur ce droit d'une manière absolue. Et en effet, le cas fortuit ou de la force majeure a pour conséquence

Digitized by Google

de mettre deux partis à la disposition du locataire, c'est à lui d'opter; mais s'il opte pour la continuation du bail, quand il pouvait en faire prononcer la résolution, il doit prendre la chose louée dans l'état de destruction partielle où elle a été placée par le cas fortuit ou la force majeure, et ne peut pas exiger du bailleur qu'il reconstruise une chose nouvelle et fasse des dépenses qu'il ne peut pas faire peut-être, et dont, d'ailleurs, il se peut qu'il ne retire plus un profit à l'expiration du bail. Le preneur doit donc rester avec la charge de reconstruire; c'est à lui d'apprécier cette charge avant d'opter, et de voir si, nonobstant cette charge, il a plus d'intérêt à continuer le bail avec un loyer proportionnellement diminué, qu'à le résilier.

C'est en ce sens que la doctrine émise par M. Duvergier nous paraît juridique, sauf à substituer au mot *réparations* qu'il emploie, le mot *reconstruction* qui, seul, rend l'idée dans le point en question. Mais nous ne pensons pas, avec cet auteur, qu'il faille distinguer entre le cas où l'événement qui enlève au bailleur une partie de sa chose constitue pour lui une perte sans dédommagement, et le cas où le bailleur retrouve dans une indemnité l'équivalent de sa chose, par exemple en cas d'incendie partiel quand la maison était assurée, ou en cas d'expropriation partielle pour cause d'utilité publique. Il n'y a pas de raison pour mettre la reconstruction à la charge du bailleur dans la dernière hypothèse, si elle ne doit pas être mise à sa charge dans la première. Ce que la loi prend en considération, dans l'article 1722 du Code Napoléon, c'est la destruction d'un état de choses en vue duquel un bail avait été contracté. Le bail, dans la rigueur des principes, aurait dû être résilié, puisque désormais le bailleur ne peut plus faire jouir le preneur de la chose primitivement louée; mais la loi, par une espèce de concession qu'elle fait au preneur, lui laisse la faculté de consulter ses convenances et de voir s'il n'aurait pas plus d'intérêt à s'accommoder de ce qui reste de la chose qu'à aller porter ailleurs son industrie et son achalandage. C'est donc le preneur que la loi rend maître de la situation, à ce point que, d'après la jurisprudence, le droit d'option n'existe que pour lui, et que les tribunaux ne pourraient, sans violation de la loi, prononcer la résiliation sur la demande

Digitized by Google

du bailleur (Cass., 23 juillet 1827). Et dès lors il n'y pas à se préoccuper du point de savoir si celui-ci est indemnisé ou non de la perte, par cas fortuit ou force majeure, de partie de sa chose : c'est là un point tout personnel au bailleur, et comme il ne peut en rien changer le droit du preneur, il ne saurait non plus rien changer à ses obligations. La Cour de Paris le reconnaît expressément dans un arrêt du 5 mai 1826 (*V.* l'arrêt à la date dans les collections du *Journal du Palais* et de M. Devilleneuve) qui décide qu'en cas de destruction partielle d'un immeuble *assuré*, le preneur ou locataire n'a pas le droit d'exiger que l'indemnité reçue par le bailleur de la compagnie d'assurances soit employée à la reconstruction de l'immeuble; il n'a toujours en ce cas, selon la règle générale, que le choix de demander ou une diminution de prix, ou la résiliation même du bail; et si un arrêt plus récent (12 février 1833) a jugé que le propriétaire peut être contraint à la reconstruction de la partie de la chose louée, détruite par suite de la dépossession d'une portion d'immeuble pour cause d'utilité publique, on peut dire que la Cour a été entraînée dans cette application, que du reste nous considérons comme fautive, par les circonstances de la cause, mais que d'ailleurs, même en se trompant dans l'application, l'arrêt n'en pose pas moins en tête de ses motifs le principe « que l'article 1722 C. Nap. n'oblige pas le propriétaire à la reconstruction de la partie de la chose louée, détruite par cas fortuit. » Nous prenons, quant à nous, ce principe dans toute sa généralité; il nous donne la solution d'une question qui, à notre avis, n'a été débattue que pour n'avoir pas été assez nettement posée.

4. — (Caen, 2 déc. 1851; *J. P.*, 1852, 2, 665.) — Lorsqu'un contrat de mariage vient à se rompre par l'effet d'une séparation de biens, il importe que le public soit averti. Le mari, par l'effet de la séparation, perd la disposition du revenu de la femme, et celle-ci rentre en partie dans l'exercice de ses droits : les tiers pourraient être trompés si rien ne les avertissait de ce nouvel état de choses. L'article 1445 du Code Napoléon y avait pourvu en exigeant l'affiche du jugement de séparation de biens dans l'auditoire du tribunal de première instance, et de plus, si le mari était commerçant, dans l'auditoire du tribunal

Digitized by Google

de commerce, à peine de nullité. L'article 872 du Code de procédure y a pourvu, depuis, d'une manière plus complète, en étendant, sous plusieurs rapports, cette publicité. D'après ce dernier article : « Le jugement de séparation sera lu publiquement, l'audience tenante, au tribunal de commerce du lieu, s'il y en a; extrait de ce jugement contenant la date, la désignation du tribunal où il a été rendu, les noms, prénoms, profession et demeure des époux, sera inséré sur un tableau à ce destiné, et exposé pendant un an dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, même lorsqu'il ne sera pas négociant, et s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari..... »

Entre autres difficultés que soulève cet article, nous signalerons celle qui est née à l'occasion de l'affiche qu'il prescrit. La loi, en prescrivant que l'extrait du jugement serait affiché dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari lorsqu'il n'y aurait pas de tribunal dans ledit domicile, a-t-elle entendu que l'intervention du tribunal de commerce ne serait pas nécessaire lorsque le mari ne résiderait pas dans la commune où siége le tribunal, et qu'il suffirait alors d'afficher l'extrait à l'hôtel de la mairie? L'arrêt de la Cour de Caen que nous relevons ici se prononce pour la négative, et juge que d'après l'article 872 du Code de procédure le tribunal de commerce dont il s'agit est celui qui existe soit au domicile même du mari, soit dans l'arrondissement de ce domicile, et en conséquence, que s'il existe un tribunal de commerce dans l'arrondissement de ce domicile, c'est dans l'auditoire de ce tribunal que le jugement doit être affiché. Nous ne dirons pas, comme M. Troplong (t. II, n° 1378), que la prétention contraire est « une de ces opinions bizarres qui ne méritent pas de réfutation et qu'on ne conçoit pas qu'il ait fallu la discuter sérieusement, » car il existe des arrêts dans lesquels cette prétention est expressément consacrée (*V.* Montpellier, 11 juill. 1826, dans ses motifs, et 18 mars 1831; *V.* aussi Toulouse, 18 juin 1835). Mais nous croyons avec M. Troplong et avec M. Chauveau sur Carré, quest. 2946 *ter*, que cette prétention est mal fondée, et c'est ce qui est soutenu dans notre

Digitized by Google

Traité du contrat de mariage, t. II, n° 839. Pour la lecture du jugement, elle doit être faite incontestablement au tribunal de commerce dans le ressort duquel le mari a son domicile, car l'article 872 parle du tribunal de commerce *du lieu*, et par tribunal *du lieu*, par juge *du lieu*, la loi entend en général le tribunal, le juge du ressort (*V.* notamment C. de pr., 554, 606). Ceci posé, il serait bizarre, est-il dit dans notre *Traité du contrat de mariage*, *loc. cit.*, que l'extrait du jugement ne fût pas affiché dans l'auditoire du tribunal de commerce, où la lecture de ce jugement a dû pourtant être faite; car une affiche qui doit subsister pendant un an remplit le but que la loi se propose bien mieux assurément qu'une simple lecture. Il est à remarquer ensuite que l'article 1445 du Code Napoléon qui prescrivait simplement l'affiche au tribunal de commerce quand le mari était négociant, entendait bien certainement que l'affiche serait apposée toutes les fois que cela serait possible, c'est-à-dire toutes les fois qu'il y aurait un tribunal de commerce dans le ressort; et on ne doit pas supposer que l'article 872 du Code de procédure, fait en vue d'étendre la publicité établie par le Code Napoléon, ait pu avoir pour effet, en aucun cas, de la restreindre. Or ce serait la restreindre que substituer à l'affiche dans l'auditoire du tribunal de commerce, l'affiche à la maison commune du domicile du mari, puisque beaucoup moins de personnes sont à même de connaître la maison commune.— Enfin, l'article 872 réunit dans une même disposition le tribunal civil et le tribunal de commerce; cela ne laisse aucun doute sur le sens dans lequel doivent être prises ces expressions : « *tribunal de commerce du domicile du mari.* » Pourrait-on supposer que quand elle parle du tribunal civil, la loi entende autre chose que le tribunal civil dans l'arrondissement duquel le mari est domicilié? Évidemment non. On ne peut donc pas raisonnablement prétendre que lorsqu'elle parle du tribunal de commerce elle entende dire autre chose que le tribunal dans le ressort duquel le mari a son domicile. Il y a d'ailleurs une analogie frappante entre l'article 872 du Code de procédure et les articles 901 et 903 du même Code relatifs à la cession de biens. Or l'article 903 est fort explicite; il parle de l'insertion qui doit être faite au

Digitized by Google

tableau placé « dans l'auditoire du tribunal de commerce du domicile du mari, *ou du tribunal de première instance qui en fait les fonctions.* » L'article 872 doit donc être pris comme conçu dans la même pensée.

Cependant la publicité étant établie dans l'intérêt des tiers, et surtout de ceux qui se trouvent plus particulièrement et plus naturellement en relation avec les époux, par conséquent dans l'intérêt de leurs voisins ou du moins de ceux qui habitent le même lieu, nous avons considéré que l'affiche à la mairie avait aussi son utilité, et nous avons dit, dans notre Traité du contrat de mariage, que le plus sûr serait de faire faire l'affiche non-seulement au tribunal de commerce dans le ressort duquel le mari est domicilié, mais même dans la principale salle de la maison commune. Cela est assurément plus prudent; toutefois on ne peut pas dire que ce soit indispensable, puisque la loi ne parle de la maison commune qu'à défaut du Tribunal de commerce; et en effet, dans l'espèce jugée par l'arrêt de la Cour de Caen que nous relevons ici, la procédure étant attaquée parce l'affiche avait eu lieu au tribunal de commerce de l'arrondissement et non point dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari, la Cour de Caen a jugé qu'on s'était en cela conformé à la pensée de la loi, et que l'affiche dans la maison commune cessait d'être une nécessité lorsqu'il y avait, dans l'arrondissement, un Tribunal de commerce dans l'auditoire duquel l'extrait du jugement de séparation de biens avait été affiché.

5. Le même arrêt décide qu'un intervalle de trois ans et demi dans les poursuites à fin de liquidation des reprises de la femme, qui a suivi le jugement de séparation de biens, peut, selon les circonstances, ne pas être considéré comme une interruption de poursuites dans le sens de l'article 1444 du Code Napoléon. L'arrêt ne fait pas connaître les circonstances qui ont pu justifier à ses yeux une interruption aussi longue. « Considérant, dit-il, que le temps qui s'est écoulé depuis le commencement des poursuites en liquidation des droits de la femme, jusqu'au jugement dont est appel est suffisamment expliqué par les faits de la cause pour qu'il n'en résulte pas une interruption de nature

Digitized by Google

à faire prononcer la nullité de l'action en séparation. » Nous croyons qu'en cela les juges sont allés un peu loin dans une voie qui à défaut de dispositions précises dans la loi, doit bien leur être ouverte. Ainsi nous reconnaissons que le législateur n'ayant pas fixé l'intervalle après lequel les poursuites seraient réputées interrompues, il faut admettre qu'à cet égard l'appréciation est laissée aux juges qui doivent se décider d'après les circonstances (*V.* MM. Carré, quest. 2953 ; Berriat, p. 673, note 15 ; Pigeau, t. II, p. 534 ; Marcadé, art. 1444, n° 3 ; Odier, t. I, n° 385) : et à cet égard, nous n'avons pas d'objection à faire contre un arrêt du 2 mai 1831 qui décide, par appréciation des circonstances, qu'une discontinuation de poursuites pendant onze mois et vingt-quatre jours ne constitue pas une interruption suffisante pour déterminer la nullité de l'action en séparation. Mais au moins il nous paraît certain que lorsqu'il s'écoule un intervalle de trois ans sans continuation, après les poursuites commencées, il faut voir là un abandon et partant la nullité de l'action, puisque la loi n'exige pas un plus long délai pour la péremption des instances ordinaires. C'est l'opinion que nous avons émise dans notre *Traité du contrat de mariage*, t. II, n° 848, et l'arrêt de la Cour de Caen qui la contredit ne nous paraît pas justifié.

6. — (Cass. 13 janv. 1852 ; *J. P.*, 1852, 2, 687.) — Dans les principes de la loi fiscale, le simple projet de vente ne donne pas ouverture au droit de la mutation ; c'est qu'en effet, l'objet de la vente, en droit civil, étant, si l'on peut ainsi dire, l'appropriement de l'acquéreur, l'acte qui n'a pas pour effet d'investir l'acquéreur de la propriété, cet acte contînt-il la manifestation de la pensée de transmettre, n'est pas la vente : il ne peut donc pas, en principe, donner lieu à la perception du droit.

Mais, dans la pratique, il arrive parfois que les parties, après s'être entendues sur les clauses et les conditions de la vente, conviennent d'en passer acte authentique. L'écrit sous seing privé qui constate l'entente des parties à cet égard, est-il la vente et comme tel le principe du droit de mutation? Est-il un simple projet, et comme tel affranchi du droit? Voici une espèce dans laquelle la question s'est trouvée engagée.

En fait, par acte passé par-devant notaire le 22 mai 1831,

Digitized by Google

une propriété immobilière était vendue moyennant la somme de 43,500 fr., sur laquelle fut perçu le droit de vente lors de la présentation de l'acte à l'enregistrement. Le notaire étant tombé en faillite, en 1849, on découvrit parmi ses papiers, en en faisant l'inventaire, un acte sous seing privée, en date du 16 mai 1831, constatant la vente de la même propriété entre les mêmes parties, mais moyennant une somme de 54,000 fr., par conséquent, 10,500 fr., de plus que le prix énoncé en l'acte authentique, et portant que l'acte sous seing privé serait converti plus tard en acte notarié.—Cette pièce étant découverte, l'administration y vit la vente; en conséquence, elle décerna contrainte en payement du droit sur la somme de 10,500 fr., formant la différence entre le prix sur lequel le droit avait été déjà perçu, et le prix réel de la transmission, et comme les délais de l'enregistrement avaient été de beaucoup outre-passés, elle réclama en outre le double droit sur cette même différence. — L'acquéreur a soutenu en vain que l'acte du 16 mai 1831 n'avait été qu'un simple projet de vente, projet réalisé par l'acte notarié du 22, et que dès lors il n'y avait ouverture au droit d'enregistrement que sur le prix porté en ce dernier acte. Le tribunal civil d'Avesnes a rejeté la prétention par jugement du 31 juillet 1851, qui a condamné l'acquéreur à payer à la régie, à titre de droit simple, double droit et décime, la somme de 1,270 fr.; et le jugement ayant été déféré à la Cour de cassation, cette Cour a rejeté le pourvoi, par arrêt du 13 janvier 1852, en jugeant « que l'acte sous seing privé du 16 mai 1831 était parfait et complet par lui-même, et que s'il exprimait l'intention des parties de recourir plus tard à la forme authentique, c'était seulement par voie d'énonciation et sans subordonner la validité de la vente à cette formalité; d'où il suit que la régie a été bien fondée à exiger le double droit sur la différence du prix stipulé dans cet acte sous seing privé. »

Cependant, la cour de cassation avait jugé, par deux arrêts antérieurs des 12 août 1829 et 13 avril 1836 (*V.* ces arrêts à leur date dans la collection du *Journal du Palais*) que lorsqu'un acte de vente sous seing privé a été dans les trois mois à compter de sa date, remplacé par un contrat authentique, portant un prix moins élevé sur lequel un droit de mutation a été perçu,

Digitized by Google

un tel acte ne peut former la base d'une perception nouvelle même pour la différence du prix énoncé dans ces deux actes.

Mais est-ce à dire que ces divers arrêts si opposés par le résultat, soient contraires en droit? En aucune manière. Ces décisions rentrent toutes dans les deux branches d'une distinction par laquelle se résolvent, en droit civil, les difficultés relatives au point de savoir ce qui, dans les conventions de l'espèce, constitue un simple projet ou une vente proprement dite. Cette distinction était indiquée, quoique d'une manière imparfaite, par Portalis au corps législatif, dans son exposé des motifs sur le titre de la vente. « La rédaction d'une vente privée, disait-il, en contrat public ne peut être réputée essentielle qu'autant qu'il aurait été déclaré par les parties que jusqu'à cette rédaction leur premier acte demeurerait aux termes d'un simple projet» (*V.* Locré, t. XIV, p. 144). Nous disons que la distinction est indiquée là d'une manière imparfaite, et cela est évident puisqu'en prenant l'opinion de Portalis à la lettre, il en résulterait qu'une *déclaration expresse* des parties pourrait seule faire de la rédaction de la convention en acte public, une condition de la vente, tandis que dans la vérité des choses il suffit que cela soit virtuellement ou implicitement indiqué. C'est ce qu'exprime Pothier avec sa netteté habituelle, dans son *Traité des obligations*, n° 11. Voici ce qu'on y lit : « Quoique le seul consentement des parties suffise pour la perfection des contrats consensuels; néanmoins si les parties, en contractant une vente ou un louage, ou quelque autre espèce de marché, sont convenues d'en passer un acte par-devant notaire, avec intention que le marché ne serait parfait et conclu que lorsque l'acte aurait reçu sa forme entière, par la signature des parties et du notaire, le contrat ne recevra effectivement sa perfection que lorsque l'acte du notaire aura reçu la sienne, et les parties, quoique d'accord sur la condition du marché, pourront licitement se dédire avant que l'acte ait été signé. C'est la décision de la fameuse loi *Contractus* 17, *Cod. de Fid. instr.* qui se trouve aussi aux Institutes *tit. de Contrah. empl.* Mais si, en ce cas, l'acte ou l'instrument est requis pour la perfection du contrat, ce n'est pas par la nature du contrat qui de soi n'exige pour sa perfection que le seul consentement

Digitized by Google

des parties ; c'est parce que les parties contractantes l'ont voulu, et qu'il est permis aux parties qui contractent de faire dépendre leur obligation de telle condition que bon leur semble. — Observez que la convention, qu'il sera passé acte devant notaire d'un marché, ne fait pas par elle-même dépendre de cet acte la perfection du marché ; il faut qu'il paraisse que l'intention des parties en faisant cette convention, a été de l'en faire dépendre. C'est pourquoi il a été jugé par un arrêt de 1595, rapporté par Mornac *ad eamd.*, L. 17, qu'une partie ne pouvait se dédire d'un traité de vente fait sous la signature des parties, quoiqu'il y eût la clause qu'il en serait passé acte par-devant notaire, et que cet acte n'eût pas encore été passé ; parce qu'on ne pouvait pas conclure de cette clause seule, que les parties eussent voulu faire dépendre de l'acte devant notaire la perfection de leur marché, cette clause ayant pu être ajoutée seulement pour en assurer davantage l'exécution par les hypothèques que donne un acte devant notaire, et à cause du risque qu'un acte sous signature privée court de s'égarer....» *V.* aussi M. Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 166.

Ainsi voilà la règle en droit civil : ou la promesse de passer contrat public est faite sans que la convention soit subordonnée à la rédaction de l'acte public, et alors il y a engagement parfait, consentement réciproque, à l'instant même où cette promesse se produit, et abstraction faite de la rédaction future de l'acte promis ; ou la promesse a lieu avec l'intention de subordonner l'engagement à la rédaction future de l'acte, et alors il n'y a pas consentement, lien de droit, il y a simple projet tant que la promesse n'est pas réalisée.

La difficulté relative à l'application du droit, comme nous l'avons déjà dit ailleurs (*V.* le Traité publié par MM. Dalloz, t. I, n°s 2327 et suiv.; *V.* aussi le *Supplément* au Traité de MM. Championnière et Rigaud, n°s 347 et suiv.), se résout par la même distinction. Ou les circonstances établiront que le lien même de droit a été subordonné, dans l'intention des parties, à la rédaction de leur convention en acte public, et alors l'acte renfermant la promesse, considéré comme simple projet, ne sera jamais l'assiette du droit proportionnel de mutation : c'est

Digitized by Google

ce que décident les arrêts cités plus haut des 12 août 1829 et 13 avril 1836. Ou toutes les circonstances amèneront à reconnaître que, nonobstant la promesse de passer contrat, les parties ont entendu prendre un engagement immédiat, et alors l'impôt sera immédiatement exigible avec toutes les conséquences légales de cette exigibilité actuelle, comme le droit en sus, le double droit pour défaut d'enregistrement dans les délais, etc. : c'est ce que décide l'arrêt du 13 janvier 1852 que nous relevons ici, et c'est ce que la Cour de cassation avait jugé déjà par des arrêts antérieurs (*V.* Cass. 12 therm. an XIII, 1er déc. 1807 et 5 août 1828).

Ainsi, la difficulté n'est pas sérieuse en pur droit; tout ici est dans l'interprétation, dans l'appréciation des clauses : voilà pourquoi les solutions peuvent être opposées sans être contradictoires.

PAUL PONT.

CAUTIONS SOLIDAIRES. — DÉCHARGE.

Les cautions solidaires, ou plus généralement celles qui ne jouissent pas DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION, sont-elles déchargées lorsque la subrogation aux sûretés de la créance est devenue impossible par le fait positif du créancier?

Par M. F. MOURLON,
Avocat à la Cour impériale de Paris.

Pothier tenait l'affirmative dans l'ancien droit [1]. Acceptée depuis par MM. Merlin [2], Toullier [3], Demante [4], Duranton [5], Rol-

[1] *Oblig.*, n° 557.
[2] *Questions de droit*, v° *Solidarité*, § 5.
[3] T. VII, p. 172.
[4] *Cours de droit civil français*, t. III, n° 795.
[5] T. XVIII, n° 382.

Digitized by Google

land de Villargues [1], Zachariæ [2], Ponsot [3] et Dupret [4], elle a été consacrée par les Cours d'appel de Bordeaux, de Pau, de Caen, de Dijon, d'Agen, de Toulouse, d'Amiens, d'Orléans [5], et enfin par six arrêts de la Cour de cassation [6]. M. Troplong pense, au contraire, qu'il n'y a pas dans la science du droit une doctrine plus fausse, plus funeste que celle-ci [7]. Suivant lui, l'opinion de Pothier n'est qu'une *grande erreur*. Il ne conçoit même pas qu'elle ait pu trouver des partisans; ceux qui l'enseignent n'ont point compris *le sens philosophique de la loi*.

Voici sa thèse.

Suivant l'ancien droit romain, le fidéjusseur n'avait pas, *à priori*, un droit acquis à la cession des droits du créancier. La fidéjussion, disait-on, est un contrat unilatéral; le fidéjusseur s'engage envers le créancier, mais ce dernier ne contracte aucun engagement envers le fidéjusseur; il reçoit son engagement, et ne lui promet rien en retour. Les garanties qu'il stipule du débiteur principal ne regardent que lui; c'est dans son intérêt exclusif qu'il se les fait donner. Il ne promet point au fidéjusseur de les conserver intactes pour lui en faire plus tard la cession. Dès lors rien ne s'oppose à ce qu'il en use comme il l'entend; il peut les abandonner ou les laisser perdre sans que le fidéjusseur puisse critiquer ses actes et s'en plaindre. Sans doute, s'il en est encore nanti au moment où le fidéjusseur le paye, il doit les lui céder alors; car cette cession ne lui causant aucun préjudice, il y aurait dol de sa part à la refuser. Mais pourvu qu'il les cède dans l'état où elles sont au moment du payement, il satisfait pleinement à ce que l'équité exige de lui.

Ainsi le créancier pouvait impunément renoncer aux hypothèques et priviléges qui faisaient la sûreté de la créance; cette renonciation à ses garanties ne déchargeait point le fidéjusseur.

[1] V° *Cautionnement*, n° 155.
[2] T. III, p. 165 et 166.
[3] *Traité du cautionnement*, n° 328.
[4] *Revue de droit français et étranger*, t. II, p. 401 à 416.
[5] 19 août 1822, 3 janvier 1824, 18 mars 1828, 24 février 1842, 9 juillet 1842, 19 mars 1842, 25 mars 1847, 3 avril 1851.
[6] 17 août 1836, 29 mai 1838, 14 juin 1841, 20 mars 1843, 9 janvier 1849, 16 mars 1852.
[7] *Cautionnement*, n°s 557 et suiv.

Digitized by Google

Arrive avec Justinien le bénéfice de discussion. Cette faveur accordée au fidéjusseur impose des devoirs au créancier. Obligé de discuter le débiteur, il n'est plus maître absolu de ses actions; car s'il y renonçait, il se mettrait hors d'état d'être en mesure de procéder à la discussion qu'il est tenu de faire, et rendrait ainsi illusoire le droit important que la loi accorde au fidéjusseur. Il doit donc s'abstenir de tous les actes qui pourraient avoir pour effet d'altérer la puissance et l'énergie des actions propres à opérer la discussion. La loi veut qu'il les conserve intactes, telles qu'il les avait *ab initio*, afin qu'il puisse les employer à discuter utilement le débiteur, si le fidéjusseur l'en requiert, ou les lui céder, s'il paye sans opposer l'exception de discussion. Le fidéjusseur ne saurait être, en effet, en plus mauvaise condition quand il paye directement, en se contentant de la cession d'actions, que lorsqu'il renvoie le créancier à discuter le débiteur. De là la règle que le fidéjusseur est déchargé lorsque *la discussion des biens est devenue impossible par le fait du créancier*.

Telle est *la véritable source du point de droit déposé dans l'article* 2037; c'est le trait de lumière qui dissipe toutes les ténèbres. Le Code a marché sur les traces du droit consacré par Justinien; *il ne pouvait pas s'en écarter*. Donc aujourd'hui, comme au temps de Justinien, la renonciation que le créancier fait de ses droits, hypothèques et priviléges, décharge, non pas tous les fidéjusseurs, mais ceux-là seulement qui ont droit au bénéfice de discussion. Ainsi les cautions qui ont expressément renoncé à ce bénéfice, les cautions solidaires (art. 2021), les cautions judiciaires (art. 2042), les cautions des cautions judiciaires (art. 2043) restent obligées, lors même que la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier est devenue impossible par le fait de ce dernier. Ce n'est pas pour elles qu'a été fait l'article 2037.

Tel est, en peu de mots, le résumé fidèle de la doctrine de M. Troplong[1]; la juste autorité dont il jouit dans le monde sa-

[1] Plusieurs Cours se sont prononcées en ce sens. *V.* Rennes, 19 mars 1811; Rouen, 7 mars 1818; Colmar, 11 mars 1835; Limoges, 21 mai 1835, et Bourges, 6 juillet 1837. M. Massé a adopté la même doctrine (t. VI, n° 398).

Digitized by Google

vant, la profonde érudition dont il a enrichi sa discussion; l'éclat et le charme de son style n'ont pas ébranlé notre foi dans la doctrine qu'enseignaient Pothier et Merlin, nos savants maîtres.

Citons d'abord le texte qui fait l'objet de ce débat :

« La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait du créancier, s'opérer en faveur de ce dernier. » (Art. 2037.)

La première pensée qui vient à l'esprit, en présence de ce texte, c'est que sa disposition est générale, absolue; qu'elle s'applique à toute caution, aussi bien à celle qui est privée du bénéfice de discussion qu'à celle qui peut l'invoquer; rien dans ses termes n'indique une limitation.

J'insiste sur cette observation. A mes yeux, elle a une grande portée. Le sens qui se présente le plus naturellement et le premier à la simple lecture d'un texte est rarement inexact; car le législateur ne s'exprime pas de manière à n'être compris que des jurisconsultes les plus expérimentés; il prend soin, au contraire, de choisir des formules dont le sens soit accessible à toutes les intelligences.

Le sens apparent d'une loi, celui que chacun conçoit tout d'abord, doit donc, en général, être tenu pour vrai. Sans doute, l'interprétation qui ne s'appuie que sur des textes a ses dangers; la loi veut, en effet, qu'on l'interprète, comme elle veut qu'on interprète les conventions, c'est-à-dire en recherchant sa pensée plutôt qu'en s'attachant judaïquement au sens littéral des mots qu'elle emploie; mais, comme d'ordinaire, elle prend soin de ne pas mettre sa pensée en opposition avec le sens grammatical des mots dont elle se sert, il en résulte que ce sens grammatical doit toujours être d'un grand poids dans les décisions des juges; c'est même à lui, en définitive, qu'il faut s'en tenir toutes les fois qu'il n'est pas clairement, logiquement établi par de puissantes raisons, qu'une équivoque, un terme impropre ou mal défini s'est glissé dans la rédaction de la loi.

Et quelle force probante cette interprétation naturelle et grammaticale du texte n'acquiert-elle pas, lorsqu'il est démontré, qu'elle est conforme à l'idée pratique, à l'intention des parties

Digitized by Google

ainsi qu'à l'équité ; lorsqu'elle répond aux besoins du commerce, qu'elle est utile au crédit public et en harmonie avec les vues générales du législateur ! Que sera-ce, enfin, si cette interprétation se retrouve dans les ouvrages des maîtres que les rédacteurs de la loi ont pris pour guides et jusque dans les travaux préparatoires de la loi même?

Or : 1° *le sens apparent et grammatical de l'article* 2037 *est conforme aux idées pratiques, à l'intention des parties, ainsi qu'à l'équité naturelle.*

Lorsqu'une personne se porte caution d'une dette dont l'exécution est garantie par des sûretés si efficaces qu'il est à peu près certain que le débiteur payera, on peut, sans courir risque de se tromper, affirmer que cette caution considère, en s'engageant, qu'à moins de circonstances extraordinaires, sa fortune ne sera pas compromise. Elle compte que, si elle est poursuivie, elle évitera de payer, et que, si elle paye volontairement sans opposer l'exception de discussion, le payement ne sera, au fond, qu'une avance qu'elle recouvrera certainement au moyen des hypothèques ou priviléges que la subrogation lui transportera. Renonce-t-elle au bénéfice de discussion, soit expressément, soit tacitement, en se portant caution solidaire (2021), c'est qu'elle considère que la subrogation aux garanties qui assurent le payement de la dette sera sa sauvegarde ; ce n'est que dans cette confiance qu'elle renonce au bénéfice de discussion. Elle dit au créancier : « Il se peut que votre créance, bien qu'elle soit protégée déjà par de puissantes garanties, devienne inefficace par suite de circonstances imprévues ou de cas fortuits ; car les biens affectés par hypothèque ou privilége au payement de la dette peuvent périr ou être détériorés. Ces circonstances imprévues, ces cas fortuits, je les prends à ma charge. »

Mais elle n'entend point garantir la perte qui résultera d'un fait positif et volontaire du créancier. Elle ne lui dit point : « Disposez de vos hypothèques et priviléges comme vous l'entendrez ; faites-en remise au débiteur si cela vous plaît ; je prends à ma charge les conséquences de votre *libéralité.* » Une idée aussi étrange n'entra jamais dans l'esprit de personne. La caution qui renonce au bénéfice de discussion ne consent point par là même

Digitized by Google

à se mettre à la merci du créancier; elle ne s'engage pas à l'indemniser du dommage qu'il éprouvera *volontairement* par l'abandon de ses garanties; car, pour étendre jusque-là sa responsabilité, il faudrait pouvoir supposer au moins que les parties ont arrêté leur attention sur ce point, et, je le répète, une telle éventualité est trop en dehors des habitudes des créanciers pour qu'elle soit entrée dans les prévisions de la caution; elle a, au contraire, compté que le créancier envers lequel elle s'engageait ferait ce que font tous les créanciers, c'est-à-dire qu'au lieu de renoncer à ses sûretés, il mettrait le plus grand zèle à les conserver. Ce n'est que dans cette confiance qu'elle est intervenue. L'équité naturelle serait donc blessée si le créancier était le maître de lui enlever capricieusement les garanties sur lesquelles elle a compté pour sa sûreté particulière.

S'il en était autrement, selon le Digeste, cela s'explique par l'inflexible rigueur des règles qui régissaient la stipulation romaine et l'action du droit strict à laquelle elle donnait lieu. Tout le monde sait, en effet, qu'une stipulation régulièrement faite, quant à la forme, produisait une obligation aussi générale ou aussi restreinte que l'expression grammaticale dont les parties s'étaient servies dans leur interrogation et leur réponse. Ainsi, un tiers promettait-il *de payer pour le débiteur*, l'insolvabilité de ce dernier restait à la charge du fidejusseur dans tous les cas, quelle que fût la cause qui l'eût amenée, provînt-elle même du fait positif de créancier, c'est-à-dire de l'abandon volontaire des sûretés de sa créance. Il était tenu à tout événement, parce que les termes de sa promesse étaient généraux et sans limites. La loi, s'attachant exclusivement au sens grammatical des mots employés, disait elle-même aux juges la manière dont ils devaient entendre la stipulation; les obligations, en un mot, avaient pour principe générateur non pas l'intention réelle des parties, mais la formule parlée. Il n'en est plus de même aujourd'hui. Déjà, dans notre ancien Droit, les règles anti-naturelles de la stipulation romaine étaient, pour la plupart, tombées en désuétude. Les rédacteurs du Code en ont fait disparaître les derniers vestiges, et c'est l'intention expresse ou tacite des parties qui est devenue le principe générateur de l'obligation.

Digitized by Google

Ainsi, tandis que le droit romain ne s'attachait qu'aux termes de la convention pour déterminer le sens et l'étendue de l'obligation, notre Code recommande aux juges de rechercher la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes qu'elles ont employés. Ses propres décisions ne sont elles-mêmes que des règles interprétatives de la volonté des contractants; et s'il déclare la caution déchargée, lorsque la subrogation aux hypothèques et priviléges attachés à la créance est devenue impossible par le fait du créancier, c'est qu'il présume que la caution n'a pas entendu garantir le créancier même contre le dommage qu'il pourrait éprouver volontairement et par son propre fait.

2° *L'interprétation naturelle et textuelle de l'article* 2037 *favorise le commerce; elle étend le crédit; l'esprit général de la loi et la logique du bon sens lui viennent en aide.*

Tout le monde sait que beaucoup des affaires qui se font chaque jour avorteraient sans l'intervention des tierces personnes qui en facilitent la conclusion en donnant au créancier une garantie que ne présente pas le débiteur.

« Le cautionnement, disait au Tribunat M. Chabot, mérite particulièrement l'attention du législateur; il facilite et multiplie les autres contrats en assurant leur exécution. La garantie qu'il procure établit la confiance, qui est la base de toutes les transactions civiles; la sécurité qu'il inspire appelle la circulation des capitaux et les progrès de l'industrie [1]. »

« Il augmente le crédit; il est utile à l'État, ajoutait un autre tribun, M. Goupil; *il doit donc être spécialement protégé par la loi* [2]. »

Mais quelle protection la loi accordera-t-elle à ceux qui compromettent leur fortune au service d'autrui? Le problème à résoudre consistait à protéger très-efficacement la caution sans diminuer les sûretés que le créancier le plus exigeant peut désirer trouver dans le cautionnement.

Si la caution a peu de risques à courir, les tiers interviendront plus fréquemment.

[1] Fenet, t. XIII, p. 48.
[2] Fenet, t. XIII, p. 64.

Digitized by Google

Si les sûretés et les prérogatives qu'on lui donne ne compromettent point la condition du créancier, les capitalistes n'auront aucune répugnance à traiter sous la garantie du cautionnement.

L'article 2037, entendu dans un sens absolu, résout très-heureusement le problème proposé. La caution qui garantit le payement d'une dette hypothécaire ou privilégiée, trouve dans la subrogation que lui accorde l'article 2029 et dans la déchéance que l'article 2037 prononce contre le créancier qui, par son fait positif, rend cette subrogation impossible, une sûreté très-efficace qui la détermine à intervenir. Cette garantie ne nuit point au créancier; elle ne lui enlève aucun de ses droits, ni ses actions personnelles, ni son action hypothécaire. Tout ce que la loi exige de lui, c'est *qu'il ne renonce pas à ses sûretés au préjudice de la caution*. Cette condition n'est certes pas de nature à le gêner beaucoup. Elle entre dans ses desseins; elle est conforme à son intérêt; ce n'est donc pas elle qui l'empêchera de traiter.

Ainsi, en interprétant l'article 2037 dans le sens absolu qu'il comporte, je laisse au créancier toutes les sûretés qu'il a voulu avoir, j'encourage la caution à intervenir. Mon interprétation répond aux besoins du commerce; elle élargit le crédit public; elle est conforme aussi à l'esprit général de la loi, dont le but bien connu a été de protéger le plus efficacement possible ceux qui mettent leur fortune au service du crédit d'autrui. Et si la disposition de l'article 2037 est une faveur motivée sur les services qu'à leurs risques et périls les cautions rendent à la société, n'est-ce pas s'écarter de la pensée du législateur que de limiter aux cautions qui jouissent du bénéfice de discussion la protection de la loi? Par quelle raison se montrer si sévère à l'égard des cautions qui s'engagent plus étroitement dans l'intérêt des créanciers? Les cautions qui renoncent au bénéfice de discussion, ou qui s'obligent solidairement, facilitent-elles moins les transactions? Leur intervention est-elle moins utile au commerce, au crédit public? Les risques qu'elles prennent à leur charge sont-ils moins grands que ceux des cautions ordinaires? Mais c'est précisément le contraire qui a lieu! N'est-il pas vrai dès lors

Digitized by Google

que ce sont elles surtout qui méritent d'être encouragées et protégées, et qu'il serait contraire au vœu de la loi de leur refuser les garanties promises à celles qui rendent des services moins grands et en même temps plus faciles?

3° *Nous puisons enfin notre interprétation dans les ouvrages des maîtres qui ont servi de guide aux rédacteurs du Code, et jusque dans les travaux préparatoires de la loi. La place même qu'occupe dans le Code l'article* 2037 *montre que sa disposition est générale et absolue.*

Lorsque le créancier, dit Pothier, perd, par son fait positif, les garanties qui faisaient sa sûreté, la caution cesse d'être tenue. Ainsi, lorsqu'il fait remise, soit au débiteur, soit à un tiers détenteur, des priviléges et hypothèques attachés à sa créance, cette renonciation est à ses risques et périls; la caution n'en souffre pas. Le créancier qui s'est mis hors d'état de lui céder les actions sur lesquelles elle avait compté pour la garantie de son recours, perd tout droit contre elle [1].

Pothier, comme on le voit, ne rattache point son système au *bénéfice de discussion*; la règle qu'il établit est absolue. Il montre même, en embrassant dans son hypothèse le cas où le créancier a fait remise de l'hypothèque *à un tiers détenteur*, que la déchéance qu'il encourt, lorsqu'il renonce à ses garanties, a lieu alors même que les droits, par lui abandonnés, étaient étrangers au bénéfice de discussion. On sait, en effet, que la caution ne pouvait pas renvoyer le créancier à discuter les biens hypothéqués qui n'étaient plus, au moment de la poursuite, en la possession du débiteur [2].

La déchéance qu'encourt le créancier qui a renoncé à ses garanties, n'est donc point un corollaire *du bénéfice de discussion*; c'est le complément du droit qu'a chaque caution d'être subrogée, quand elle paye, aux sûretés sur lesquelles elle a compté pour assurer son recours. Que la caution ait ou qu'elle n'ait pas droit au bénéfice de discussion, la règle est la même. Dans l'un et l'autre cas, la perte des hypothèques ou priviléges, arrivée par le fait positif du créancier, libère la caution.

[1] *Oblig.*, n° 557.
[2] *Oblig.*, n° 413.

Digitized by Google

La même idée se retrouve indiquée, sinon en termes formels, du moins implicitement dans les travaux préparatoires du Code.

M. Goupil, critiquant la disposition de l'article 2023 qui ne permet point à la caution de faire discuter les biens hypothéqués, lorsqu'ils sont passés des mains du débiteur dans celles d'un tiers détenteur, fit cette objection : « Qu'importe, dit-il, que les biens soient possédés par le débiteur ou par un tiers, s'ils n'ont pas cessé d'être hypothéqués? *Sans l'hypothèque, la caution n'aurait pas consenti l'obligation à laquelle elle s'est soumise.* Elle ne peut pas être privée du bénéfice de discussion par un acte qui est le fait d'autrui. » Il ajouta que cette limitation serait dangereuse, parce qu'il serait à craindre que le débiteur ne colludât avec un tiers pour enlever à la caution le bénéfice de discussion sur lequel elle a compté en s'engageant[1].

M. Chabot, soutenant le projet, termina, par cette observation, sa réponse aux objections de M. Goupil : « Il peut y avoir, a-t-on dit, une connivence entre le créancier et le débiteur; mais *la caution n'est-elle pas subrogée à tous les droits du créancier, et n'est-elle pas déchargée lorsque cette subrogation ne peut avoir lieu par le fait du créancier*[2]? »

Ainsi, M. Chabot écarte dans l'espèce le bénéfice de discussion, et l'une des raisons qu'il donne à l'appui de son opinion, c'est que la caution trouve *dans la subrogation aux hypothèques du créancier et la déchéance prononcée contre ce dernier, lorsque, par son fait, cette subrogation devient impossible, une garantie qui la protége suffisamment.*

Quoi de plus décisif!

« La caution, disait de son côté M. Lahary, doit sans doute s'interdire tout ce qui peut compromettre la garantie de l'obligation qu'elle a cautionnée; mais le créancier ne doit-il pas, par une juste réciprocité, s'interdire *tout* ce qui tendrait à ravir à la caution *les moyens d'être indemnisée* du cautionnement qu'elle a fourni? C'est pour maintenir entre eux ce devoir de réciprocité que le projet la décharge de son obligation, lorsque la sub-

[1] Fenet, t. XIII, p. 66.
[2] Fenet, t. XIII, p. 70.

Digitized by Google

rogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de ce dernier, s'opérer en sa faveur. »

Quoi de plus formel encore? Le créancier ne doit pas ravir à la caution *le moyen d'être indemnisée*..... N'est-ce pas dire de la manière la plus claire et la plus absolue qu'il ne doit jamais lui enlever *le bénéfice de la subrogation* sur lequel elle a compté pour recouvrer ses déboursés?

Enfin, la place qu'occupe l'article 2037 montre elle-même que la disposition de ce texte ne comporte point de distinction entre les cautions qui jouissent du bénéfice de discussion et celles qui n'en jouissent pas. L'article 2029 accorde le bénéfice de la subrogation aux cautions dont il a été parlé dans les articles précédents, c'est-à-dire tant aux cautions qui sont investies du bénéfice de discussion qu'à celles qui y ont expressément ou tacitement renoncé; l'article 2037 décharge les cautions, lorsque le créancier leur a, par son fait, ravi le bénéfice que leur accorde l'article 2029; sa disposition est donc générale comme celle de l'article 2029 auquel il se réfère; elle sert de complément au droit que ce texte établit; elle en est la sanction.

Ainsi, le texte de la loi, son esprit, l'équité naturelle, les besoins du commerce, l'intérêt de l'industrie et du crédit public, l'autorité de l'histoire, l'autorité non moins grande des travaux préparatoires du Code, tout, jusqu'à la place qu'occupe dans le Code l'article 2037, tout nous paraît concourir à démontrer que sa disposition est générale et absolue.

Cependant l'éminent magistrat dont nous combattons ici l'opinion, repousse cette solution, et la juste autorité qui s'attache à ses doctrines nous fait un devoir d'insister encore.

« Le Code, dit-il, a marché sur les traces du droit romain; il ne pouvait s'en écarter[1]. »

Nous ne saurions comprendre, en vérité, pourquoi les rédacteurs de nos lois n'auraient pu s'écarter des traces du droit romain. N'ont-ils pas en toute occasion, au contraire, répudié ces règles strictes de la loi romaine qui, en matière de stipulations, ne s'attachait qu'aux termes employés par les contractants et

[1] *Traité du cautionnement*, n° 538.

Digitized by Google

négligeait leur intention, pour y substituer le principe contraire, plus large et plus rationnel, qui ordonne au juge de rechercher la volonté des parties au lieu de s'arrêter uniquement à la rédaction des conventions? Et dès lors est-il donc surprenant que, rencontrant à côté du système romain la théorie de Pothier, plus conforme à l'esprit général de nos lois civiles, ils aient laissé le premier pour adopter la seconde?

Justinien sans doute avait fait beaucoup en faveur des fidéjusseurs en leur accordant le bénéfice de discussion. Mais il restait encore quelque chose à faire, et Pothier est venu compléter son œuvre.

En effet, à partir de la réforme de Justinien, les créanciers furent obligés de conserver intactes leurs actions, afin de discuter utilement les biens des débiteurs; et lorsqu'ils faisaient l'abandon des droits propres à opérer cette discussion, ils perdaient par là même toute action contre les fidéjusseurs. Par suite, les fidéjusseurs qui jouissaient du bénéfice de discussion ne furent plus exposés à des périls aussi grands que ceux qui pesaient sur eux dans l'ancien droit; ils se trouvèrent protégés contre les caprices du créancier, auquel il ne fut plus permis de faire porter sur eux le dommage résultant de l'abandon des gages, priviléges et hypothèques qui faisaient la sûreté de la créance.

Mais ce n'était pas assez. Justinien laissa sans protection, exposés au risque injuste de supporter le préjudice résultant de l'abandon que le créancier pourrait faire de ses sûretés, tous les fidéjusseurs (et ils étaient nombreux) qui ne jouissaient pas du bénéfice de discussion. Les *argentarii*, qui se portaient si fréquemment garants des dettes d'autrui, avaient en effet été exceptés de la concession faite aux fidéjusseurs; en outre, la renonciation au bénéfice de discussion ayant été autorisée par Justinien, il arriva que cette renonciation devint une clause de style dans le contrat de fidéjussion[1]. Le créancier resta donc, à l'égard de la plupart des fidéjusseurs, maître absolu de ses droits; il put, comme par le passé, les abandonner ou les amoindrir sans encourir aucune déchéance. Les fidéjusseurs ac-

[1] Nov. 4, c. 3, § 1; nov. 136, c. 1.

Digitized by Google

tionnés par lui durent se contenter de recevoir ses actions telles qu'il les avait au moment de ses poursuites.

Pothier, entrant plus avant dans la voie du progrès, protégea tous les fidéjusseurs.

A côté du bénéfice de discussion, il plaça sa sanction : le créancier ne peut pas, sous peine de déchéance, priver par son fait le fidéjusseur du droit que la loi lui accorde; c'est la protection, la sauvegarde des fidéjusseurs qui jouissent du bénéfice de discussion. Mais ce bénéfice n'appartient pas à tous; les cautions judiciaires, les cautions pour les fermes du roi, les cautions qui y ont renoncé, soit expressément, soit tacitement, n'en jouissent pas. Pour elles la garantie consiste uniquement dans le bénéfice de cession d'actions. Ce bénéfice a aussi sa sanction : le créancier ne peut pas, sous peine de déchéance, se mettre, par son fait positif, hors d'état de céder à la caution qui le paye les actions, hypothèques et priviléges sur lesquels elle a dû compter, quand elle s'est engagée, pour la sûreté de son recours. La déchéance qu'encourt le créancier qui renonce à ses droits, est, dans le premier cas, un corollaire du bénéfice de discussion qui n'appartient qu'à certains fidéjusseurs; dans le second, un corollaire du bénéfice de cession d'actions qui appartient à tous.

Ce système de Pothier donne une grande sûreté aux cautions; il sauvegarde leur intérêt sans faire tort aux créanciers; il réalise donc mieux que tout autre la pensée des rédacteurs de notre Code.

« On ne peut pas dire, ajoute le savant jurisconsulte, qu'ils se sont inspirés des raisons de Pothier, car il est remarquable que Pothier n'a cherché à en donner aucune[1].... »

S'ils ne se sont point inspirés de ses raisons, ils se sont inspirés de sa décision qui est si manifestement utile et équitable, qu'elle se justifie d'elle-même.

Mais Pothier, d'ailleurs, donne une raison qu'il considère comme péremptoire, et qui peut être ainsi formulée : la personne qui cautionne une dette garantie déjà par des sûretés telles que priviléges, hypothèques, cautionnement, *compte sur ces garanties*

[1] N° 563.

Digitized by Google

pour assurer son recours; ce n'est que dans cette confiance qu'elle consent à intervenir. Il n'est pas juste que le créancier l'en prive par son fait.

Ce n'est qu'une pétition de principe! répond M. Troplong. La caution ne peut pas compter sur les garanties de la créance, puisque le créancier envers lequel elle s'engage ne lui promet pas de les lui conserver.

Remarquons tout d'abord que si la réponse de M. Troplong était concluante contre nous, elle le serait également contre lui. On dirait : la caution qui jouit du bénéfice de discussion ne peut pas compter que le créancier conservera tous ses droits pour discuter utilement le débiteur. Ainsi elle n'est pas déchargée lorsque le créancier s'est mis hors d'état de procéder à une discussion utile; car, d'une part, le créancier ne lui promet pas, en contractant avec elle, de conserver ses sûretés, et, d'autre part, aucun texte de loi, romaine ou française, ne lui impose cette obligation.

C'est donc uniquement par le raisonnement que M. Troplong arrive à protéger la caution qui jouit du bénéfice de discussion. Or, le raisonnement qu'il fait pour établir que la caution qui jouit de ce bénefice est déchargée quand le créancier s'est mis hors d'état de discuter utilement le débiteur, est tout aussi concluant dans la bouche de celle qui soutient qu'elle est déchargée quand la subrogation aux garanties sur lesquelles elle comptait pour sa sûreté particulière, est devenue impossible par le fait du créancier. En s'engageant, la caution considère les faveurs, c'est-à-dire les bénéfices de discussion, de division d'action, de subrogation que la loi lui accorde; chacun de ces bénéfices a son utilité. Or, de même qu'elle compte sur les *bénéfices de discussion* ou *de division d'action*, de même elle compte sur le *bénéfice de subrogation*. Le créancier fait-il quelque chose à l'encontre de l'un ou de l'autre de ces bénéfices, la caution n'en doit pas souffrir; autrement elle serait trompée dans ses légitimes espérances. Tout ce qui milite en faveur de l'une milite en faveur de l'autre; s'il est juste que la caution soit déchargée quand le bénéfice de discussion est devenu impossible par le fait du créancier, il est également juste qu'elle le soit lorsque la subrogation ne peut pas

Digitized by Google

avoir lieu par suite de la renonciation que le créancier a faite de ses droits.

L'argument que fait Pothier pour justifier sa solution ne serait en effet qu'une pétition de principe, *s'il raisonnait au* point de vue du droit rigoureux, en *présence* d'une loi écrite; mais son point de départ est bien *différent*; c'est en se plaçant sur le terrain de l'équité *naturelle qu'il* raisonne. Suivant les subtilités du Digeste, le créancier peut renoncer à ses sûretés, même au préjudice de la caution; elle ne doit pas compter qu'il n'usera pas d'un droit aussi exorbitant, qu'il ne la rendra pas victime de sa généreuse intervention; car il n'est tenu envers elle qu'à un devoir d'humanité, et il y satisfait s'il lui cède ses garanties telles qu'elles sont au moment des poursuites.

Cette humanité romaine, qui laisse à un créancier la faculté de rendre la caution responsable du dommage qu'il éprouve *volontairement* en abandonnant ses garanties, qui lui permet d'être libéral avec l'argent d'autrui, ne satisfait pas l'esprit de Pothier. Une longue et savante habitude des affaires l'a convaincu que les garanties qui assurent le payement d'une dette entrent toujours pour quelque chose dans l'intervention des cautions; que la perte invraisemblable de ces sûretés, par la renonciation qu'en pourra faire le créancier, n'entre dans la prévision d'aucune d'elles; que la plupart même ne s'engageraient pas si on les avertissait qu'elles seront responsables envers le créancier du dommage qu'il éprouvera par suite de la renonciation à ses hypothèques et privilèges. Il en conclut qu'il ne serait *pas juste* que le créancier pût capricieusement leur enlever leurs légitimes espérances.

Suivant le droit romain, le créancier qui abandonne ses actions au préjudice des fidéjusseurs qui ne jouissent pas du bénéfice de discussion, ne manque pas à la bonne foi; il est réputé ne rien faire de contraire à l'obligation d'équité dont il est tenu envers eux. Suivant Pothier, au contraire, l'équité est blessée, l'humanité n'est pas satisfaite, lorsque le créancier renonce capricieusement aux garanties sur lesquelles les cautions ont, en réalité, compté pour la sûreté de leurs recours. Le Code avait à opter entre l'équité du Digeste et l'équité de Pothier.

Pothier reconnaît, dit son éminent contradicteur, que le créan-

Digitized by Google

cier est tenu de céder ses actions à la caution qui le désintéresse; cette obligation est uniquement fondée sur cette règle d'équité, qu'étant obligés d'aimer tous les hommes, nous sommes obligés de leur accorder toutes les choses qu'ils ont intérêt à avoir, *lorsque nous pouvons les leur accorder sans qu'il nous en coûte rien.*

« Or, s'écrie M. Troplong, peut-il dire *qu'il n'en coûte rien au créancier*, lorsqu'il le constitue le procureur du fidéjusseur, lorsqu'il lui commande une vigilance plus grande que pour ses propres affaires, lorsqu'il le punit, par la perte de son droit, de ce qu'il a usé de ce droit sans penser à conserver les intérêts du fidéjusseur!!! »

Mais Pothier ne va pas jusque-là; il n'impose pas au créancier un aussi lourd fardeau. Que lui demande-t-il, en effet? Qu'il soit diligent, actif, comme il le serait pour lui-même? Qu'il ne perde pas ses droits, faute de faire des actes interruptifs de prescription, des renouvellements d'inscriptions, des actes conservatoires? Non, pas même cela. Il ne le punit pas lorsque, *par sa négligence*, il laisse perdre ses garanties, sans songer aux intérêts du fidéjusseur; il ne le constitue pas, en un mot, le procureur responsable de ce dernier; tout ce qu'il exige de lui, c'est *qu'il ne renonce pas* à ses garanties, qu'il n'en fasse pas, au grand préjudice de la caution, remise, soit au débiteur, soit à des tiers détenteurs, soit à d'autres cautions. Est-ce donc là trop demander, et qu'a donc d'onéreux et de préjudiciable pour le créancier ce devoir d'humanité que Pothier lui impose? Loin de là, il est le premier intéressé à remplir cette obligation; car la caution peut devenir insolvable, et sans même admettre qu'elle soit déchargée par la renonciation à ses hypothèques et priviléges, cette renonciation compromet alors sa créance.

Pothier, il est vrai, déclare que le créancier devient responsable, même de sa simple négligence, envers les fidéjusseurs qui, par une sommation, l'ont mis en demeure de faire, *à leurs risques*, des actes conservatoires de ses droits; mais qu'y a-t-il là de nuisible pour le créancier, de contraire à ses intérêts? Ses hypothèques ou privilèges sont en péril; encore quelques jours, et la prescription sera acquise au profit d'un tiers détenteur, une inscription est sur le point d'être périmée..... La caution effrayée veut se mettre en garde contre le danger qui la menace : que

Digitized by Google

fera-t-elle? Faire elle-même les actes conservatoires, interrompre la prescription, elle ne le peut pas; car elle n'a pas qualité à cet effet. Elle ne peut agir ni de son chef, puisque les garanties qui sont menacées de périr ne sont pas encore à elle, ni du chef du créancier, puisqu'elle ne devient son ayant-cause qu'après qu'elle l'a payé. Force lui est bien de s'adresser au créancier. « Vos sûretés, lui dit-elle, sont compromises; si elles s'éteignent, je serai victime de votre négligence; agissez donc, par humanité pour moi, et aussi dans votre intérêt, car je puis devenir insolvable. Agissez à mes risques et périls; je ferai l'avance des frais. Craignez-vous de perdre du temps? Eh bien! donnez-moi mandat, et je ferai moi-même les actes conservatoires qui doivent nous sauvegarder l'un et l'autre. » Quel créancier raisonnable se plaindra de la position qu'on lui fait? Le service qu'on le supplie de rendre, il peut l'accorder sans souffrir lui-même : l'humanité lui fait donc un devoir de ne pas le refuser.

Mais, objecte M. Troplong, cette obligation de conserver ses sûretés *détruit le droit qu'a un créancier légitime d'en disposer selon ses intérêts et ses sentiments, sans porter atteinte à la bonne foi?*

Il m'est difficile de comprendre qu'un créancier puisse, *sans manquer à la bonne foi*, disposer de ses garanties, selon ses intérêts ou ses sentiments, au préjudice de la caution. Je prends le cas où il en dispose selon ses intérêts.

Primus, créancier hypothécaire, a reçu une caution : sa créance est inscrite au premier rang sur un immeuble qui, postérieurement au cautionnement, a été également affecté par hypothèque au payement d'une somme due à *Secundus*. Cette seconde créance, je le suppose, ne vient pas en ordre utile. Cependant *Primus*, qui est en même temps créancier de *Secundus*, a un très-grand intérêt à ce que ce dernier soit payé, afin d'obtenir, en saisissant la somme pour laquelle il sera colloqué, le payement de la créance qu'il a sur lui. Que fait-il? il renonce à son hypothèque, afin que la caution, par laquelle il se fait payer, ne puisse pas l'acquérir par la voie de la subrogation et l'opposer à *Secundus* dont l'hypothèque serait alors inefficace. Il a disposé de son hypothèque selon son intérêt; en a-t-il disposé selon la bonne foi?

Digitized by Google

Le créancier hypothécaire qui s'est fait donner une caution a un ami parmi les créanciers chirographaires de son débiteur, actuellement insolvable, ou même parmi ses créanciers hypothécaires dans un ordre inférieur au sien ; dans l'intérêt de cet ami, par esprit de libéralité, il renonce à son hypothèque, afin que la caution qui le désintéresse ne puisse pas l'acquérir et s'en servir contre le créancier qu'il affectionne. C'est une renonciation selon ses sentiments; est-elle aussi selon l'humanité?

De deux choses l'une : ou le créancier renonce à ses garanties dans le but de nuire aux cautions, ou il y renonce, soit dans l'intérêt du débiteur dont il désire favoriser le crédit, soit dans l'intérêt d'un tiers. Au premier cas, les cautions ne peuvent pas souffrir de son dol; au second, c'est à lui de supporter les conséquences de sa générosité : autrement, il aurait le bénéfice d'une libéralité faite avec l'argent des cautions.

Au reste, lors même qu'il me serait démontré que l'opinion de Pothier pèche en quelque point, comme au fond elle est pleine de raison, utile au commerce et à l'industrie, conforme à l'intention des parties et à l'équité, je n'en conclurais pas moins que les rédacteurs du Code s'en sont tenus à son sentiment plutôt qu'à la théorie romaine. S'ils eussent été dans l'intention de s'en écarter, ils s'en seraient expliqués. Or ils n'ont rien dit qui puisse donner à conclure qu'ils ont rédigé l'article 2037 dans un esprit d'innovation. Sa rédaction même et l'exposé des motifs qui le justifient sont, au contraire, une preuve irrécusable qu'il a été conçu dans le sens de Pothier : sa rédaction, puisque la généralité des termes employés embrasse, comme au temps de Pothier, toutes les cautions sans exception : l'exposé des motifs, car M. Lahary établit, entre la caution et le créancier, un devoir réciproque, obligation pour la caution de s'interdire tout ce qui pourrait compromettre la sûreté du créancier, obligation pour celui-ci de s'interdire tout ce qui tendrait à priver la caution *des moyens de recouvrer ses déboursés*. M. Chabot dit également, et d'une manière absolue, qu'il est juste que le créancier qui contraint la caution à payer, lui confère tous ses droits contre le principal obligé; que s'il s'est mis hors d'état de faire cette subrogation, la caution doit être déchargée.

Digitized by Google

M. Treilhard, de même que MM. Chabot et Lahary, fait découler l'article 2037 de l'obligation légale de subroger la caution; M. Troplong en convient. Mais M. Treilhard, répond-il, *n'a pas mis le doigt sur la source la plus reculée de l'article* 2037. J'accepte cet aveu. M. Treilhard n'a pas mis le doigt sur la source la plus reculée de l'article 2037, l'interprète, comme le juge, doit s'en tenir aux sources les plus rapprochées du Code. C'est se jeter dans la voie de l'arbitraire et se mettre en dehors de la loi que de se prétendre plus érudit, plus philosophe et meilleur logicien que ceux-là mêmes qui l'ont faite. Fût-il évident qu'elle repose sur une méprise ou sur une erreur, le juge doit s'y soumettre; car ce n'est pas à lui, qui est chargé de l'appliquer, qu'appartient le droit de l'étendre ou de la restreindre.

L'article 2037 ne peut pas, dit encore le savant magistrat, être le corollaire de la subrogation légale. Le Code, en effet, a substitué une cession de plein droit à la cession qui, dans le droit romain, devait être requise par la caution. Or, avant l'introduction du bénéfice de discussion par Justinien, l'obligation où était le créancier de céder ses actions contre le débiteur, ne lui enlevait pas le droit d'en disposer selon ses intérêts ou ses sentiments, et au préjudice de la caution. Donc la subrogation légale ne peut pas avoir, sous le Code civil, une vertu plus grande que sous l'ancien droit romain.

Plusieurs réponses se présentent à nous.

1° Le bénéfice de discussion existait avant Justinien, qui ne fit que le rétablir; au temps où il existait, l'obligation de discuter les biens du débiteur n'enlevait pas au créancier le droit de disposer de ses actions, même au préjudice du fidéjusseur; donc ce bénéfice n'a pas pu avoir, sous Justinien, une vertu plus grande qu'au temps où il était en vigueur; donc il ne peut pas avoir, sous le Code, une vertu qu'il n'avait pas à son origine. Le raisonnement que fait M. Troplong conduirait donc, s'il était concluant, à la négation complète de l'article 2037!

2° Pothier, qui impose au créancier l'obligation de ne pas disposer de ses actions au préjudice de la caution, considère cette obligation comme une conséquence naturelle, comme un complément de l'obligation de lui céder ses actions quand elle le

Digitized by Google

paye; donc, pour me servir de l'argumentation de l'illustre auteur que j'essaye de combattre, le Code *n'a pas pu* soustraire le créancier à ce devoir; donc la caution est déchargée quand la subrogation est devenue impossible par le fait du créancier.

Placés entre la législation romaine et la théorie contraire de Pothier, n'est-il pas naturel de supposer que les rédacteurs du Code ont préféré l'opinion du maître qu'ils prenaient si fréquemment pour guide, surtout en matière d'obligation, et qu'en substituant la subrogation légale à l'ancienne cession d'action que le créancier devait faire à la caution qui le désintéressait, ils ont voulu l'organiser plutôt d'après Pothier que d'après Paul et Ulpien? M. Troplong ne nous enseigne-t-il pas lui-même, au n° 435 de son commentaire, qu'en substituant la subrogation légale à la subrogation expresse requise par l'ancien droit, le Code a réglé les effets de celle-là sur les effets que l'opinion des docteurs, de Renusson et de Pothier, attribuait à celle-ci?

Nous invoquerons, en terminant, l'autorité d'un savant, M. Dupret, dont l'opinion est d'un grand poids pour tous les hommes qui estiment la science. M. Troplong s'arme aussi de son témoignage. M. Dupret, dit-il, établit à merveille que la subrogation légale introduite par le Code n'entraîne pas, comme conséquence nécessaire, l'obligation pour le créancier de ne pas abandonner ses gages et hypothèques au préjudice de la caution.

Mais s'il est vrai que M. Dupret professe que la subrogation accordée par l'article 1251-3° à celui qui est dans la nécessité légale de payer pour autrui, ne lui donne pas à *priori* un droit acquis aux actions et aux gages du créancier, et que celui-ci n'est pas obligé de les conserver pour les lui transmettre, que dès lors, si cet article *existait seul*, s'il n'avait pas un complément, la caution ne serait pas déchargée lorsque le créancier renonce à ses priviléges ou hypothèques; il professe aussi qu'à l'égard de la caution le complément existe, qu'il est écrit dans l'article 2037, que déjà, dans l'ancien droit, des raisons tirées de l'équité avaient fait admettre que le créancier ne devait pas, sous peine de déchéance, se mettre hors d'état de céder ses actions à la caution, et que l'article 2037 a sanctionné cette doctrine.

« Il a érigé, dit-il, en obligation de droit civil ce que Pothier

Digitized by Google

envisageait comme un simple devoir d'équité; il a astreint le créancier à conserver, pour le fidéjusseur, ses actions, priviléges et hypothèques [1].... »

Le système que nous combattons aboutirait, en définitive, à l'abrogation à peu près complète de l'article 2037. Les clauses de solidarité ou de renonciation au bénéfice de discussion sont, en effet, devenues, comme autrefois, des clauses de style dans les contrats de cautionnement. Son adoption replacerait donc les cautions dans la condition rigoureuse que leur faisait l'ancien droit romain; elle serait funeste à l'essor du crédit, contraire à l'esprit comme au texte du Code. Aussi nous ne doutons pas que la Cour de cassation, malgré l'autorité de l'éminent magistrat qui la préside, ne maintienne la jurisprudence salutaire qu'elle a déjà consacrée par tant d'arrêts.

F. MOURLON.

DE L'USAGE ET DE LA PROPRIÉTÉ DES EAUX COURANTES [2].

Par M. SACASE,
Conseiller à la Cour impériale de Toulouse, membre de l'Académie de la même ville.

L'eau, considérée comme élément, n'appartient à personne et elle est à l'usage de tous. Telle est sa condition primitive. Cependant il n'est pas d'élément naturel que l'homme ne soit parvenu à dompter pour l'asservir à ses besoins. Ne s'est-il pas de nos jours approprié l'air lui-même pour en faire un agent d'une incomparable puissance? Mais l'eau surtout, par l'importance et la variété des usages auxquels elle sert, devait subir cet empire exclusif et absolu que l'homme exerce sur la nature non libre. Outre sa grande et importante destination, qui est d'être une voie économique pour les transports, et on n'a pas oublié

[1] *Revue de droit français et étranger*, juillet 1845, p. 505, nos 53, 56, 67.
[2] Ce Mémoire a été lu à l'Académie de législation de Toulouse dans ses séances du 9 mars et du 20 avril de cette année.

Digitized by Google

cette belle définition de Pascal : *les rivières sont des chemins qui marchent*, personne n'ignore quels avantages précieux l'eau procure au territoire qu'elle baigne, ici en fertilisant le sol dont elle double la vigueur productive, là en fournissant à l'industrie un moteur puissant et continu. Elle a donc été, chez tous les peuples civilisés, au rang des choses susceptibles d'être possédées. Toutefois, comme sa nature primordiale est d'être un bien commun et d'appartenir à ce que Pothier désigne par le nom de *communauté négative du genre humain*, elle ne doit perdre ce caractère qui lui est propre que par la volonté expresse ou présumée du droit. C'est ainsi que notre droit civil n'ayant tracé absolument aucune règle qui détermine le mode d'appropriation et de jouissance des eaux pluviales, on est tombé d'accord que ces eaux appartiennent au premier occupant qui a le droit de les dériver dans sa propriété. Elles n'ont pas de maître; elles sont *res nullius* : on peut donc les acquérir à titre d'occupation. *Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*. En un mot c'est par exception, et par une sorte de dérogation à l'ordre naturel, que l'eau est asservie aux règles de la propriété privée : aussi ne constitue-t-elle jamais qu'une propriété conventionnelle et spéciale, et il devient impossible de la classer, si on se renferme dans la division juridique des choses que la tradition a consacrée. Mais bien qu'étant une chose mixte, un *quid testium*, il n'en est pas moins vrai qu'elle peut être l'objet d'une possession privative. Seulement, dominée qu'elle est toujours par sa destination originaire qui la met à la portée de tous, l'eau est encore, même quand l'État la possède ou que des riverains en jouissent, affectée aux usages domestiques et personnels de tous ceux qui peuvent l'aborder. C'est ainsi qu'on ne saurait justement contester à personne la faculté naturelle de puiser, de laver, de se baigner dans des eaux publiques et courantes. *Per jura civilia non est prohibitum id quod est de jure gentium licitum.*

On reconnaît aujourd'hui trois espèces d'eaux sur lesquelles on peut exercer un droit exclusif : 1° Les eaux de source, les eaux que l'art va chercher dans les profondeurs du sol et les eaux pluviales; 2° les eaux dérivées des rivières navigables ou flottables et qui coulent dans des canaux creusés de main

Digitized by Google

d'homme; 3° les eaux des petites rivières ou cours d'eau non navigables ni flottables. On jouit des premières par droit d'accession ou d'occupation primitive, en d'autres termes, à titre de propriétaire; des secondes, par l'effet d'une concession de la puissance publique ou à titre de concessionnaire; des troisièmes, par la volonté de la loi et à un titre qu'il s'agit de caractériser.

L'article 644 du Code Napoléon porte ce qui suit : « Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article 538, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés.

» Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire. »

Le droit romain avait aussi admis la faculté de libre dérivation des cours d'eau publics, pourvu qu'ils ne fussent pas navigables ou qu'ils n'eussent pas une destination publique. Il n'apportait qu'une restriction à cette faculté : *si sine injuriâ alterius id fiat* (D., *lib.* 8, t. 3, l. 17). Mais, à la différence du droit romain, l'occupation ne suffit pas, sous l'empire de notre Code, pour faire acquérir un droit à l'usage des eaux courantes. On n'en peut jouir qu'à la condition d'être riverain, et cette condition a survécu aux lois du 29 avril 1845 et du 11 juillet 1847, qui n'ont fait qu'accorder des facilités plus grandes pour utiliser les eaux courantes à ceux qui ont le droit d'en disposer d'après les principes du Code Napoléon auxquels on n'a pas entendu déroger. Il entre si bien dans les desseins du législateur de doter exclusivement les riverains de cette jouissance, que, lors de la discussion de cette dernière loi et après un débat approfondi, il fut reconnu que les servitudes d'aqueduc et d'appui créées, soit par elle, soit par celle du 29 avril 1845, ne profiteraient qu'aux seuls riverains qui, abordant le cours d'eau par un de leurs fonds, auraient dès lors la faculté d'en conduire l'eau sur un fonds plus éloigné et non riverain. En un mot, avant comme depuis les innovations introduites par ces lois, pour faire dériver un cours d'eau, il a été absolument nécessaire d'être riverain. La jurisprudence a toujours maintenu avec soin cette limitation et refusé même à celui dont la propriété est séparée d'un ruis-

Digitized by Google

seau par un chemin public, le droit d'en utiliser les eaux [1].

Mais quels sont les cours d'eau sur lesquels tout propriétaire riverain peut faire des coupures ou saignées pour en détourner les eaux sur son héritage, et qu'entend-on par *eaux courantes?* Ce sont les petites rivières ou ruisseaux qui coulent dans leur lit naturel, car il n'y a plus lieu aujourd'hui de distinguer, comme au temps de Loysel, entre les rivières et les simples ruisseaux qui appartiennent bien à la même catégorie légale et sont soumis à un régime uniforme, soit par rapport à la propriété de leur cours, soit par rapport à leur destination, soit enfin par rapport à la police administrative dont ils sont l'objet [2].

Les eaux des rivières navigables ou flottables ne sont pas des eaux courantes dans le sens de l'art. 644, mais on peut assimiler à celles-ci la partie de ces rivières supérieure au point où commencent soit la navigation, soit la flottaison. Le droit romain qui, tout en admettant la faculté de libre dérivation des rivières, avait excepté de l'assujettissement à cette faculté les rivières navigables, étendait même cette exception aux affluents qui contribuaient, par le tribut de leurs eaux, à la navigabilité d'une rivière. C'était le texte de la loi 2, au D., *De fluminibus*. Mais les expressions qu'on y lit : *aut ex eo aliud fit navigabile*, divulguent le véritable esprit de cette loi. Il fallait que, par sa réunion immédiate ou prochaine à la rivière navigable, ainsi que par son volume, le cours d'eau y affluant l'enrichît tellement de ses eaux que, sans elles, la navigation sur cette rivière aurait été entravée [3]. C'est en ce sens que cette loi 2 a été interprétée par Cœpolla, jurisconsulte italien du XVIe siècle, le meilleur guide sur cette branche de la législation, et qui ne l'avait pas seulement éclairée de ses aperçus, mais qui avait réussi à l'améliorer, puisque envoyé à Venise par ses concitoyens, il obtint de cette cité souveraine la promulgation du célèbre statut de 1455 auquel la

[1] Toulouse, 25 novembre 1832; Bordeaux, 2 juin 1840; Angers, 28 juin 1847.

[2] *Institutes coutumières*, reg. 233. Dans la nouvelle jurisprudence, Proudhon a fait revivre cette distinction, *du Domaine public*, t. III; mais Merlin et M. Daviel la repoussent comme n'ayant rien de légal. Ajoutons que l'article 644 la proscrit formellement; car il comprend, sous une dénomination commune, toutes les eaux dont les riverains peuvent se servir.

[3] *Aut ex eo aliud fit navigabile, id est*, a dit Godefroy, *per immediatam ejus adjunctionem.*

Digitized by Google

haute Italie doit sa richesse et dont notre pays vient à peine de s'approprier les fécondes dispositions par ses lois de 1845 et 1847[1]. Dans notre droit, le caractère légal d'un cours d'eau n'est donc pas modifié par ce fait qu'il assure l'alimentation d'une rivière navigable, mais comme l'administration, chargée du classement des grands cours d'eau, peut étendre ou resserrer à son gré la zone de la navigabilité, elle a toujours le moyen, à l'égard des affluents qui, en versant leurs eaux dans une rivière, concourent d'une manière effective et nécessaire à sa navigabilité, d'empêcher les prises d'eau qui pourraient en appauvrir le volume.

Ne sont pas toutefois rangés dans la catégorie des eaux courantes les bras des rivières navigables, les noues, boires et fossés qui en tirent leurs eaux et dans lesquels on peut en tout temps passer ou pénétrer en bateau de pêcheur (arg. de l'art. 1 de la loi du 15 avril 1829). Mais on doit y faire rentrer au contraire le bras d'une rivière navigable ou flottable qui s'en détache pour ne plus s'y réunir, qui va se perdre dans une autre masse d'eau et qui, jusqu'à son embouchure, est inutile à la navigation.

Les eaux pluviales ne sont pas des eaux courantes, et celui qui s'en empare peut en disposer à titre exclusif. Sont toutefois compris parmi les eaux courantes les ruisseaux ou torrents qui ne doivent pas leur formation à des phénomènes atmosphériques et qui ont un lit habituel, un écoulement à peu près régulier. Parmi ces cours d'eau qui se précipitent des lieux élevés et qui, en tombant dans les plaines, y voient expirer la violence de leurs flots et y répandent souvent la fertilité par la rapide et bienfaisante égalité de leur cours, il en est qui prennent naissance sous ces glaciers dont nous voyons que les Alpes et les Pyrénées portent l'éternel fardeau; d'autres sont alimentés par ces amas d'eau que le froid des hautes régions glace en hiver et dont les eaux retrouvent ensuite leur fluidité; enfin il en est qui doivent leur origine à ces réservoirs que la nature a creusés dans des zones plus tempérées et que souvent l'ardeur des étés épuise ou diminue. On pourrait donc citer un grand nombre de ces cours d'eau qui n'ont pas un écoulement invariable, continu, et qui tarissent à

[1] *De Servitutibus*, tract. 2, cap. 4.

Digitized by Google

certaines époques de l'année. Mais il ne me paraît pas que le tarissement passager d'un torrent lui enlève sa destination d'eau courante, si, ne cherchant pas de nouvelles issues, il suit avec fidélité son lit ordinaire [1]. La pérennité de l'eau n'est pas une condition exigée par l'article 644. On pourrait même dire rigoureusement qu'un cours d'eau qui ne déserte pas son lit habituel et coule entre les mêmes rives conserve toujours son identité et qu'il est perpétuel, bien qu'il soit intermittent.

L'eau qui coule dans un canal creusé de mains d'homme ne peut être dérivée au profit du riverain, car un riverain n'est autorisé à ménager des rigoles d'irrigation que sur la rive qui lui appartient. Or le canal est la propriété de celui qui, au moyen de travaux d'art, l'a creusé dans son fonds. Mais tel est le sort de la propriété attribuée sur les eaux en général, que dès l'instant que la masse du fluide n'est plus possédée par celui qui en a usé pour les besoins de son industrie et la culture de son héritage, elle redevient eau courante. Cette doctrine a été poussée si loin par la Cour suprême, que, d'après un de ses arrêts, un propriétaire riverain a le droit de se servir des eaux, bien qu'en dessus et en dessous de son fonds elles coulent dans un canal fait de mains d'homme, si dans la partie du cours qui borde ce fonds, elles coulent dans leur lit naturel. A plus forte raison sera-t-il exact de dire que si l'eau franchit, pour n'y plus revenir, les confins de cet héritage où elle avait un cours artificiel, elle sera irrévocablement perdue pour celui qui en a été le possesseur momentané, et que, dans sa fuite, elle demeurera affectée à l'usage de tous ceux dont elle bordera ou traversera les fonds. Tant il est vrai que l'eau courante est prompte à reprendre sa nature primitive qui est d'être à l'usage du plus grand nombre, et d'échapper autant que possible à une appropriation exclusive et privée. Qu'arrivera-t-il cependant si, dans un canal artificiel alimenté en partie ou par une prise d'eau établie sur une rivière navigable, ou par une source sortant du fonds même du propriétaire de ce canal, viennent se jeter encore des rigoles dérivées par la main de l'homme, d'un ruisseau public ou d'une eau

[1] Arg. Cœpolla, cap. 34, § 6. Dans le même sens, Dalloz, nouv. édit., v° *Action possessoire*.

Digitized by Google

courante ? Sera-t-il vrai que les eaux de ce canal soient exclusivement privées et que celui dont elles traversent le fonds en ait la disposition libre et absolue? Il est d'abord visible qu'un riverain ne pourrait, même dans ce cas, et sans le consentement du propriétaire du canal, pratiquer des saignées dans ce canal pour en détourner l'eau sur son héritage. Mais quelle serait la situation du propriétaire du canal vis-à-vis des propriétaires inférieurs? Aurait-il le droit de disputer à leur jouissance les eaux, en partie industrielles et privées, en partie courantes et publiques qui remplissent le lit de son canal? Non, a dit la Cour de cassation dans un arrêt dont la date a bien vieilli, mais dont la doctrine est toujours exacte et vraie [1]. Dans ce cas, a-t-elle dit, le cours d'eau est mitoyen, et le propriétaire sur l'héritage duquel il passe et descend ne peut en priver les propriétaires inférieurs. C'est qu'en effet on est ici sur le chemin d'une analogie que fournit le droit romain et qui est empruntée à la loi 17, § 1, au D., *De aquâ quotidianâ*. « *Si ille qui habet jus aquæ ducendæ*, dit Cœpolla en expliquant cette loi, *admiscuit aliam aquam illi quàm modo ducere solebat, numquid possit prohiberi; dic quod sic, non solùm pro additâ aquâ, sed etiam pro totâ simul mixtâ poterit prohiberi. Et est ratio, quia illa aqua mixta est indivisibilis* [2]. » Dans l'espèce de cette loi, l'eau est réputée indivisible, et en effet tel est bien son caractère. Donc, le propriétaire du canal qui absorbe des eaux courantes n'est plus le maître d'en diriger le cours à sa volonté : chaque propriétaire inférieur a, quant à l'usage, une part indivise du mélange devenu chose commune.

Ces préliminaires posés, il faut rechercher : 1° quelle est la nature du droit attribué aux riverains des eaux courantes par l'article 644 du Code Napoléon ; 2° en supposant que les riverains ne jouissent pas d'un véritable droit de propriété sur de telles eaux, à qui ce droit de propriété aurait été dévolu.

Il importe d'abord de faire remarquer que, d'après les expressions mêmes dont se sert l'art. 644, le droit dont il a investi les riverains est facultatif, quelle que soit d'ailleurs son essence. C'est donc une faculté qu'il a établie. Or toute faculté

[1] 6 décembre 1809, Dalloz, *Action possessoire*, n° 374.
[2] Cœpolla, *ib.*, cap. 4, § 68.

Digitized by Google

est imprescriptible. Et en effet, s'il y a une vérité légale désormais acquise, c'est celle qui place le droit à l'usage des eaux courantes dont jouissent les riverains hors des atteintes de la prescription, et qui veut que jamais le défaut d'exercice de ce droit ne puisse le faire perdre, sauf le cas où le riverain qui opposerait à un de ses coriverains le moyen de la prescription extinctive, aurait régulièrement contredit le droit de ce dernier [1]. Une doctrine qui tendrait aujourd'hui, par une conséquence de son adoption, à faire déclarer prescriptible par le non-usage la faculté de prise d'eau, jetterait une véritable perturbation dans la propriété foncière; elle contrarierait ensuite le but que, de nos jours, on se propose, de favoriser, le développement des irrigations, but qui se confond, pour employer les expressions du savant rapporteur de la loi du 29 avril 1845, avec l'intérêt public et social le plus puissant et le plus impérieux. En effet, il en résulterait qu'aujourd'hui, une période trentenaire s'étant et au delà accomplie depuis la mise en activité du Code Napoléon, la création de nouvelles prises d'eau trouverait presque toujours un invincible obstacle dans le moyen de prescription que les riverains qui ont établi des dérivations anciennes au profit de leurs héritages opposeraient à ceux qui ont négligé l'exercice de cette faculté.

Une considération décisive écarte la création de servitude active qu'on voudrait assigner au droit établi par l'art. 644. Où serait le fonds assujetti? Serait-ce le cours d'eau lui-même? Mais sa destination n'est-elle pas marquée par la nature elle-même? Et parce que, en suivant sa pente, il sème des germes de fertilité dans les fonds environnants, peut-on dire qu'il est grevé d'une charge qui l'affecte ou le modifie? Seraient-ce les domaines riverains qui supporteraient une charge réciproque? Mais c'est la loi elle-même qui leur concède le bienfait d'une irrigation commune. Ils ne sont donc assujettis, les uns envers les autres, qu'à cette obligation qui ressort de toute communauté et qui consiste à ne pas dépasser, au préjudice de ses communistes, la

[1] Grenoble, 17 juillet 1830, 24 novembre 1043. Duranton, t. V, n° 224; Troplong, *de la Prescription*, t. I; Daviel, t. II, n° 583; Pardessus, *des Servitudes*, t. I; Proudhon, t. IV, n° 1435.

Digitized by Google

mesure des avantages dont on a été pourvu. Il n'y aurait véritablement création d'une servitude qu'en faveur d'un fonds non riverain dans lequel le propriétaire aurait dérivé l'eau par des travaux apparents, et cette servitude pèserait sur tous les fonds riverains qui, en effet, en subiraient une modification. En dehors de cette hypothèse, il n'y a pas de fonds servant, dès lors pas de servitude possible.

Irait-on puiser un argument dans la place qu'occupe l'article 644? Cet article en effet fait partie du titre des *Servitudes*. Mais le classement des matières d'un Code ne saurait, à coup sûr, suffire pour déterminer un droit et en fixer le caractère. L'article 641 lui-même en est un exemple; il figure dans le même titre. Cependant nul ne conteste qu'il ne soit constitutif d'un droit de propriété, puisqu'il reconnaît au propriétaire de l'héritage dans lequel jaillit une source le droit d'en user *à sa volonté*. Les rédacteurs du Code n'ayant pas d'ailleurs, et on leur en a très-justement fait un reproche, traité d'ensemble la matière relative à la propriété et à la jouissance des eaux, on doit peu s'étonner que les deux dispositions qui, seules, règlent cet élément précieux de la richesse agricole et industrielle, se trouvent au titre des *Servitudes* et à la suite d'articles qui ont avec elles une incontestable affinité.

L'idée d'une servitude active définitivement mise à l'écart, on doit se demander si le droit des riverains est investi de tous ou de quelques-uns des attributs légaux de l'usufruit. Il me semble impossible, quant à moi, de voir là un usufruit. A la vérité, Proudhon, qui l'a ainsi dénommé, a eu soin d'y ajouter un caractère qui répugne à la nature de l'usufruit; il a appelé ce droit un usufruit *perpétuel*. Il se serait peut-être aperçu, en y regardant de plus près, qu'il était plus facile de saisir des différences que des analogies dans ce qu'il a entrepris d'assimiler. Indéfini dans sa durée comme les fonds auxquels il s'applique, tandis que l'usufruit est essentiellement temporaire, le droit des riverains est, sous tous les autres rapports, si peu conforme à la nature du droit d'usufruit qu'on ne pourrait dire par quel côté il lui ressemble. Croit-on, par exemple, qu'il fût passible d'hypothèque, qu'il pût être exproprié? Il faut donc rejeter comme

Digitized by Google

inexacte cette autre assimilation, et voir dès lors si les riverains ont sur le volume des eaux courantes un véritable droit de propriété ou de copropriété.

Ici je repousserai d'abord cette considération, qui consiste à dire que la mobilité de l'eau courante est un obstacle à ce que le droit de propriété s'y attache. Sans doute, le droit de propriété qui affecte les eaux courantes se modifie encore par la nature même de la chose possédée. Il ne saurait être aussi étendu qu'un droit de propriété ordinaire. C'est ainsi que le propriétaire d'une eau qui a un cours extérieur perd son droit sur elle dès qu'elle est sortie de son héritage. Il faut, pour que sa propriété s'exerce sur cette eau, qu'il en ait la possession physique et matérielle, qu'il la retienne captive dans son domaine; si elle lui échappe, il ne peut plus la ressaisir. Mais avec cette restriction même, un tel droit de propriété conservera encore les principaux effets qui se rattachent à la propriété en général. Est-ce que, par exemple, le propriétaire du fonds dans lequel jaillit une source qui alimente un ruisseau n'a pas le pouvoir de vendre une prise d'eau sur ce ruisseau? Or c'est bien là un signe caractéristique du droit de propriété. Celui dont l'héritage est traversé par un ruisseau intermittent qu'ont formé des eaux pluviales ne peut-il donc pas intercepter ces eaux à leur passage et n'en a-t-il pas la pleine disposition? Enfin les eaux dérivées d'une rivière navigable pour mettre une usine en jeu ne sont-elles pas, aussi bien que le canal artificiel dans lequel elles roulent, la propriété du concessionnaire, quoiqu'il soit vrai de dire que cette propriété est imparfaite puisqu'elle est résoluble. Il faut donc tenir pour constant qu'on peut avoir sur une eau qui a un cours, sur une eau mobile et courante, un droit de propriété, et ce n'est pas, à coup sûr, la nature physique, la mobilité de cet élément, qui résistent à l'application d'un pareil droit.

Mais d'où ferait-on découler ce droit au profit des riverains? Ce n'est pas sans doute des termes de l'article 644. Cet article se sert d'expressions qui sont inconciliables avec le droit de propriété tel que le Code Napoléon l'a défini. Il n'accorde aux propriétaires riverains que la faculté d'*user* et de *se servir* des eaux, et impose à ceux dont elles traversent les fonds l'obligation de

Digitized by Google

les rendre à leur cours naturel; il leur refuse donc le droit d'en *disposer*, droit qui est la plus énergique manifestation de la propriété. Inutilement pour faire fléchir la disposition de cet article et la plier au joug d'une opinion préconçue, ainsi qu'on l'a tenté de nos jours, irait-on chercher, dans notre ancienne jurisprudence, des textes et des doctrines propres à établir qu'il y avait des pays où les riverains avaient l'absolue disposition des eaux courantes. Certes, il est souvent utile de recourir à la loi ancienne pour interpréter la nouvelle. Cependant cette règle d'interprétation n'est que subsidiaire, et c'est bien le cas de dire, par rapport à l'autorité de ces précédents : *usque adeo sui valitura memento ut aut rationem sineat aut legem*. La vérité est qu'il n'y a que les droits nés d'antiques concessions ou ceux protégés par d'anciens règlements locaux qui puissent résister à l'application des principes du Code Napoléon, et on sait que, quant à ceux-là, la jurisprudence n'a jamais cessé de les respecter. Mais à l'égard de ceux qui n'ont pas une semblable origine, leur sort doit être exclusivement réglé par l'article 644, et il n'est pas possible de les placer sous l'autorité des jurisconsultes qui ont écrit pour quelques rares pays de coutume et dont le plus grand d'entre eux, Dumoulin, disait sur le 69e cons. d'Alexandre: *Dominus potest suo commodo divertere vel retinere aquam quæ oritur*, SED LABITUR IN FUNDO SUO, *in præjudicium vicini*, assimilant ainsi ce que le Code Napoléon a distingué, le droit du propriétaire d'une source et celui du propriétaire riverain d'un cours d'eau.

C'est les yeux fixés sur l'article 644 qu'on doit étudier la nature et l'essence du droit concédé aux riverains. Et en supposant que cet article, sans consacrer positivement à leur profit un droit de propriété, ne fût pas exclusif de ce droit, il faudrait en rechercher l'assiette, soit dans les principes généraux, soit dans les autres dispositions du Code; car un droit suppose toujours une cause qui le produit dans la personne qui en est investie. Or l'eau courante dont il s'agit dans l'article 644, ne prenant pas naissance dans le fonds du riverain que seulement elle borde ou traverse, et venant toujours d'un point supérieur où elle jaillit et d'où elle se répand, les propriétaires riverains ne pourraient

Digitized by Google

donc l'acquérir que par un droit d'accession ou d'incorporation. Mais pour qu'un tel mode d'acquisition produisît son effet, il serait nécessaire de reconnaître d'abord que la propriété des rives et du lit des petits cours d'eau réside dans les mains des riverains, car le fluide n'adhère qu'aux rives et au lit qui le contiennent ; et il est dès lors bien évident que si ces rives et ce lit n'étaient pas la propriété des riverains, l'eau qui les couvre ne saurait être l'accessoire des héritages qu'elle ne touche pas immédiatement, et qui seulement l'avoisinent.

Mais lors même que le sol foncier des petites rivières ne constituerait pas une propriété publique, est-ce que vraiment le droit d'accession pourrait s'exercer en faveur des riverains, propriétaires de ce tréfonds? On conçoit que la propriété des eaux courantes puisse s'acquérir par un titre ou une longue possession; on ne comprend pas qu'elle s'obtienne par l'accession, et c'est à ce point de vue seulement que l'instabilité de l'eau qui court fait obstacle à un pareil mode d'en acquérir la propriété. L'eau qui traverse ou baigne un fonds par une de ses rives ne s'y incorpore pas. Comme on n'a pas le droit de la retenir et de la fixer, comme il y a nécessité de la rendre à son cours, elle ne fait donc que passer et elle survit toujours au service qu'elle rend. En un mot, c'est de cette eau qu'on peut dire, avec Vinnius : *Est alia atque alia*, car elle n'a pas, comme l'eau stagnante, un volume identique à lui-même. Il est dès lors impossible qu'on l'acquière par l'accession. L'accession immobilière n'a lieu que s'il y a une adhérence fixe et immuable d'une chose à un immeuble, *quæ naturâ solo coheret*. Voici en quels termes Pothier caractérise le droit : « Lorsque, dit-il, quelque chose s'unit avec la chose qui m'appartient, *de manière qu'elles ne forment ensemble qu'un seul et même tout*, dont ma chose fait ce qu'il y a de principal dans ce tout, le domaine que j'ai de ma chose me fait acquérir, par droit d'accession, celui de tout ce qui est uni à cette chose et qui est censé en faire partie [1]. »

Cependant d'éminents jurisconsultes n'hésitent pas à considérer l'eau courante comme un accessoire du sol [2]. Ils se fon-

[1] *Du droit de domaine de propriété*, ch. 2, sect. 3, art. 2.
[2] MM. Pardessus et Championnière.

Digitized by Google

dent sur la loi 11 de l'Interdit, *Quod vi aut clàm* dans laquelle il est dit : *Aqua viva portio agri videtur*. Mais on pourrait d'abord répondre qu'en droit romain, la possession qui servait de fondement aux interdits n'était pas une propriété présomptive, ce qui avait fait dire : *Nihil commune habet proprietas cum possessione*, et que dès lors on ne saurait faire sortir de l'Interdit *Quod vi aut clàm* l'idée d'une accession juridique au profit des riverains d'une eau courante. De quelle eau s'agit-il donc dans cet interdit? Uniquement d'une eau stagnante et qui a sa source dans le sol qu'elle recouvre. Voici le texte : « *Is qui in puteum vicini aliquid effuderit, ut hoc facto aquam corrumperet, ait Labeo; interdicto Quod vi aut clàm eum teneri; portio unius agri videtur aqua viva, quemadmodum si quid operis in aquâ fecisset.* » A coup sûr, nul ne serait recevable à contester que l'eau d'une source ou d'un puits ne soit un accessoire du fonds où elle a jailli, non-seulement parce qu'elle s'unit à ce fonds et qu'elle y adhère, mais surtout parce qu'elle y prend naissance et que le propriétaire du fonds peut se dire propriétaire de cette eau, *vi ac potestate rei suæ*[1]. L'interdit *Quod vi aut clàm* est donc ici sans application.

On n'est pas plus fondé à invoquer les principes relatifs à la propriété superficiaire. On pourrait se borner à dire que l'eau courante ne s'identifie pas avec le sol dont elle baigne la surface. Mais une raison juridique, beaucoup plus concluante encore, s'élève pour écarter cet autre mode d'accession. Ulpien avait dit : *Alveus quem sibi flumen fecit, etsi privatus antè fuit, incipit tamen esse publicus, quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus*[2]. D'où on a justement conclu qu'on ne devait pas, en matière de cours d'eau, dire : *flumen solo cedit*, mais plutôt *flumini solum cedit*. C'est en effet cette dernière interprétation qui l'a emporté. Voici en quels termes s'exprime Cœpolla : *Regulariter quidquid superimponitur solo cedit; hoc solum autem cedit aquæ, quæ superimponitur et ut speciale in flumine et in mari et cœteris aquis*[3].

[1] Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 1, ch. 12, p. 77.
[2] D., *De fluminibus*, lib. 43, tit. 12, l. 1, § 7.
[3] Cœpolla, *ib.*, *De Alveo*, cap. 34. *Contrà*, M. Daviel, *Pratique des cours d'eau*, et M. Garnier, *Régime des eaux*.

Digitized by Google

Pourquoi ensuite accorderait-on aux riverains la propriété des eaux courantes, lorsqu'il est positif qu'ils ne pourraient utiliser les principaux effets du droit de propriété? Dans le droit de propriété est contenu celui d'user de sa chose à son gré et suivant la destination qu'il plaît au propriétaire de cette chose de lui donner. Or le riverain d'un petit cours d'eau qui n'y aboutit que par un de ses bords, le simple riverain n'a la faculté d'y prendre l'eau que pour l'irrigation. La loi désigne elle-même l'usage qu'il en doit faire, et cette désignation est la négation même d'un droit de propriété. La plupart des auteurs n'avaient-ils pas soutenu jusqu'à la loi du 29 avril 1845, introductive d'un nouveau régime, que le propriétaire riverain qui détourne les eaux d'une rivière pour l'arrosement de ses fonds limitrophes n'avait pas le droit de les conduire sur des héritages plus éloignés, et le doute lui-même sur la légitimité d'une telle faculté ne suffirait-il pas pour exclure un droit de propriété sur ces mêmes eaux dont on admettait dès lors que le riverain n'avait pas l'absolue disposition? On a même agité, lors de l'élaboration de cette loi, le point de savoir si on reconnaîtrait au propriétaire, immédiatement riverain d'un cours d'eau, le pouvoir de céder à un propriétaire non riverain le droit qu'il a de prendre les eaux pour l'irrigation de ses propriétés. La question demeura indécise et la solution en fut abandonnée aux principes du droit commun qui, à mon avis, la tranchent en un sens contraire à la faculté d'aliéner; mais comme le droit à la jouissance des eaux n'est pas de sa nature personnel, et que ce n'est pas à ce point de vue qu'il devait paraître incessible, il est évident qu'aucun doute ne se serait élevé sur le pouvoir de céder le droit à cette jouissance, si on avait admis que le riverain avait, sur les eaux qu'il utilise, un droit de propriété primitive. Enfin peut-il y avoir quelque chose de moins compatible avec le droit de propriété dont la nature est d'être souverain, indépendant, illimité, que cette intervention d'un pouvoir réglementaire qui étend ou restreint la jouissance des eaux courantes au gré de convenance dont l'appréciation lui appartient, ou suivant des besoins variables de localité, pouvoir qui s'ingère même dans la fixation des jours et des heures pendant lesquels cette jouissance devra s'exercer?

Digitized by Google

Il serait sans doute possible de presser encore les conséquences et d'établir, à l'aide de nouveaux arguments, que les riverains ne jouissent pas des eaux courantes à titre de propriété; mais, si je ne m'abuse, cette vérité a déjà reçu l'éclat de l'évidence.

Cependant, avant de clore cette démonstration, il est bon de faire connaître la pratique qui est suivie toutes les fois que l'État s'empare d'un cours d'eau pour le canaliser. D'innombrables canaux ont été ouverts depuis un demi-siècle, et tantôt on a, pour leur création, emprunté le lit d'un cours d'eau non navigable, tantôt on a, pour leur procurer un volume suffisant, attiré dans leur lit, par des travaux d'art, le fluide que contenaient des cours d'eau de la même région. Or jamais les riverains dépossédés de l'usage de ces eaux n'ont reçu l'indemnité afférente à toute expropriation. C'est que d'ailleurs le décret du 22 fév. 1813 n'a prévu le cas d'une indemnité préalable que pour le cas d'éviction matérielle des terrains, maisons et usines, tandis que celui du 22 janvier 1808 n'accordait aux riverains, à raison des autres pertes éprouvées par eux, qu'un simple dédommagement dont l'appréciation devait être faite dans les formes établies par la loi du 16 septembre 1807.

« Le législateur aurait-il procédé de la sorte; ces dispositions ne présenteraient-elles pas un caractère révoltant de spoliation qui ne leur a jamais été reproché, s'il en résultait autre chose que le simple exercice dérivant, pour l'État, de la nature et de la propriété même du lit des cours d'eau publics [1]? »

Enfin chacun sait qu'il n'y a pas de meilleure règle pour pénétrer le sens obscur d'une loi que la manière dont la coutume et l'usage l'ont interprétée [2].

Il demeure donc certain que le droit qui repose sur l'article 644 du Code Napoléon n'est ni un droit de servitude, ni d'usufruit, ni de propriété. Il faut dès lors y voir un droit d'usage et reconnaître que les riverains des eaux courantes sont de véritables usagers.

[1] *De la propriété du cours et du lit des rivières non navigables*, par M. Rives, p. 90.

[2] D., l. 37, *De legibus*; Domat, *Des lois civiles*, ch. 12, n° 4.

Digitized by Google

D'abord qu'est-ce qu'un droit d'usage et quelle est la condition d'un usager ?

Le droit d'usage est un des éléments du droit de propriété. On conçoit que le droit de propriété existe sans droit d'usage ; un droit d'usage ne se comprend pas si on ne le rattache à un droit de propriété dont il est le démembrement. Par rapport à l'eau courante même, le droit de propriété, quelquefois plus complexe, ne renferme que ces deux éléments qu'il est toujours inutile de distinguer, lorsqu'ils sont réunis dans la même main, qu'il importe au contraire de caractériser, lorsqu'ils se séparent et s'excluent : 1° l'usage, 2° la nue propriété. Or ils s'excluent aussitôt que l'usage seul a été dévolu à une personne. Il est visible, en effet, que la nue propriété est alors en d'autres mains. Avoir l'usage d'une chose, c'est ne pas en avoir la nue propriété, et réciproquement. Les deux termes de cette proposition s'affirment et se démontrent par leur opposition même.

S'il arrive même que l'usage soit tellement étendu qu'il absorbe l'émolument d'une chose, le propriétaire conserve encore le droit de disposer de cette chose, *abuti*. Ce n'est jamais l'usager qui a ce droit. Son droit s'étend seulement *ad usum*, comme a dit Ulpien, *scilicet non usque ad abusum*. C'est bien ce qui divulgue de plus en plus la véritable situation du riverain des eaux courantes, puisqu'il a reçu de la loi la charge de rendre ces eaux à leur cours naturel et de ne pas s'en attribuer la disposition exclusive.

En un mot, de la qualité d'usagers qu'on ne saurait plus contester aux propriétaires riverains, résulte une série de conséquences juridiques qui s'engendrent. On peut même assurer qu'avec cette première donnée le champ des doctrines légales est, en cette matière, assez clairement déterminé, et il n'y aura plus pour régler la jouissance usagère des riverains qu'à appliquer les principes qui servent à déterminer la condition de tout usager, de quelque nature que soit l'usage. Rien n'annonce en effet que les rédacteurs du Code Napoléon aient voulu sortir, par rapport aux usages qu'on peut exercer sur les eaux courantes, du cercle des idées admises, dans tous les temps, sur l'étendue et les limites d'un droit d'usage en général. Ainsi, tandis que

Digitized by Google

le droit de propriété est absolu, que celui d'usufruit est illimité dans le mode de son exercice, le droit d'usage ne s'exerce que dans la proportion des besoins de celui qui en est investi. Il se termine au point où la mesure se trouve fixée par la nécessité, car la nécessité qui en est l'origine lui sert aussi de limite. D'où on peut induire, avec la jurisprudence, que le riverain ne peut prétendre qu'à la quantité d'eau nécessaire à l'irrigation de son héritage, qu'il ne lui est loisible de s'en servir que pour vivifier ses cultures, et qu'il lui est défendu de l'épuiser [1]; que le riverain même dont le cours d'eau traverse le fonds et qui, étant maître des deux bords, a des facultés plus étendues, ne peut encore faire de retenues arbitraires [2], ni par caprice faire serpenter l'eau dans son héritage au point de l'absorber [3]. Et on peut en tirer encore cette conséquence qui, à la vérité, est admise avec plus d'hésitation, que le riverain, comme tout usager, ne peut ni céder ni louer son droit, que ce droit gît en effet dans la nécessité, dans les besoins mêmes de son domaine auxquels il est satisfait par la concession de l'usage, et que l'interdiction d'aliéner l'eau courante sans le domaine répond au désir de la loi qui a voulu que l'usage de cette eau devînt le privilége exclusif des fonds riverains à la portée desquels la nature a placé cet élément précieux [4].

Mais, puisque les riverains n'ont que l'usage du cours d'eau non navigable, qui en a donc la nue propriété? Si on jette un coup d'œil rétrospectif sur les phases législatives qui ont précédé le régime actuel de ces cours d'eau, on sera porté à les comprendre parmi les dépendances du domaine public; mais cette attribution est vivement contestée, et la Cour de cassation elle-même qui, il y a peu d'années, a jeté dans la balance des opinions le poids de son autorité souveraine, ne l'admet pas, puisqu'à ses yeux le caractère légal des cours d'eau non navigables est déterminé par l'art. 714 du Code Napoléon, et qu'en

[1] Besançon, 27 novembre 1844.

[2] Caen, 19 août 1837; Cass., 7 avril 1807. *Contrà*, Bourges, 18 juillet 1826; 7 avril 1837.

[3] Mornac, *ad leg.* 6, D., *De edendo.*

[4] *V.* le rapport fait par M. Dalloz à la chambre des députés, le 30 mars 1844. *Lois annotées*, par M. Carette, t. II, 1845, p. 32.

Digitized by Google

d'autres termes leur propriété n'est, suivant elle, à personne [1].

Avant 1789, les seigneurs justiciers avaient tout à la fois la police et la propriété foncière des cours d'eau non navigables, et ils avaient cette propriété même dans les pays allodiaux [2]. C'est une de ces vérités qui sont marquées au coin de la notoriété historique. Un jurisconsulte contemporain a entrepris de la renverser; mais sa dissertation, quoiqu'elle s'appuie sur une savante exploration du régime féodal, n'est peut-être pas destinée à changer les convictions. Déjà Merlin avait essayé, devant la Cour de cassation, d'établir que le droit exclusif de concéder les eaux des petites rivières était dérivé, pour les seigneurs justiciers, de la confusion de leur qualité de justicier avec celle de propriétaire, et il en concluait que ces concessions ne pouvaient être maintenues. Cependant sa puissante parole échoua dans le développement de cette thèse. C'est qu'en effet, juger avec les idées de la légalité moderne ces temps où aucun pouvoir n'était défini, où l'usurpation prenait si souvent la couleur du droit et le droit celle de l'usurpation, est une source d'erreurs très-commune. L'exercice d'un droit privatif de propriété par les seigneurs justiciers sur les simples rivières était un fait à peu près universel. Voilà ce qui paraît certain. Qu'ensuite il y ait eu, dans notre ancienne jurisprudence nationale, des écrivains qui contestèrent déjà à la féodalité ce droit de propriété qu'elle s'était arrogé sur les rivières, c'est ce qui ne saurait surprendre ceux qui connaissent la doctrine politique des légistes à partir du XIIe siècle, et qui savent avec quelle énergie ils se firent les auxiliaires du pouvoir royal dont ils pressentaient la destinée historique et dont la tendance fut aussi, en disputant au régime seigneurial toutes ses conquêtes, de poursuivre toujours son travail d'agrandissement et d'unité. Mais ces protestations ne portèrent aucune atteinte au droit commun de la féodalité, et n'ont pas empêché les seigneurs justiciers de délivrer d'innombrables chartes d'aliénation des eaux et des cours d'eau qui ont dû conserver leur effet jusqu'à nos jours, et devant lesquelles le Code Napoléon a dû plus d'une fois courber son autorité.

[1] *V.* son arrêt du 10 juin 1846. S. V., 46, 1, 433.
[2] *V.* autre arrêt du 19 juillet 1830. D. P., 30, 1, 386.

Digitized by Google

Ici se place une remarque de Portalis dont la justesse est frappante : « Lors de l'étrange révolution qui fut opérée par l'établissement du régime féodal, disait-il dans son célèbre exposé des motifs du titre de la Propriété, toutes les idées sur le droit de propriété furent dénaturées et toutes les véritables maximes furent obscurcies ; chaque prince, dans ses États, voulut s'arroger des droits utiles sur les terres des particuliers et s'attribuer le domaine absolu de toutes les choses publiques. »

Ce passage indique, mieux qu'on ne l'a fait jusqu'à ce jour, la véritable origine des discussions modernes sur la propriété des eaux courantes. Si, par l'effet des institutions féodales, le seigneur justicier n'avait pas détaché les rivières du domaine public pour les soumettre à un droit privatif et absolu, et s'il n'avait pas fait de la propriété de ces rivières un émolument de sa justice, il n'est guère probable que des riverains eussent élevé la prétention qu'il s'agit aujourd'hui de juger, et on n'aurait pas cessé de respecter cette antique maxime du droit romain qui s'était associée aux idées législatives de tous les peuples : *Flumina omnia publica sunt.*

Mais, en 1789, les principes qui doivent, dans un empire bien organisé, régir la propriété foncière sont enfin restaurés, et n'était-ce pas un hommage qu'on leur rendait ainsi qu'à la raison publique, lorsqu'on disait à l'Assemblée constituante : « Nécessaires aux besoins de tous, les rivières, non plus que les fleuves, ne peuvent être la propriété d'un seul. Envahies par les seigneurs justiciers, au même titre et de la même manière que les fleuves navigables, comme eux elles doivent rentrer dans les mains de la nation ; elles ne peuvent pas même appartenir à une communauté d'habitants, puisqu'elles formeraient alors une propriété particulière et spéciale. Or toute possession exclusive est incompatible avec les vues que la nature s'est proposées en établissant l'union des sociétés sur la communion des éléments [1]. »

Que fit cependant le législateur ?

Il restitua d'abord à l'administration le droit de surveillance et de haute police qui, avant 1789, était divisé entre les sei-

[1] Rapport du député Arnoult.

Digitized by Google

gneurs et l'autorité royale, ceux-là l'exerçant sur les cours d'eau secondaires dont ils avaient la propriété, celle-ci l'exerçant à son tour sur les fleuves, sur ces grandes artères ouvertes à la navigation, et dont l'ordonnance de 1669, ainsi qu'un édit de 1693, avaient également attribué la pleine propriété à la couronne.

Ce même législateur constitua ensuite le domaine national par la loi du 22 novembre 1790. Il divisa ce domaine en domaine public de l'État, dans lequel il fit entrer les choses sur lesquelles personne ne peut exercer un droit privatif et absolu de propriété, parce que leur destination les frappe d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, et en domaine privé ou patrimonial de l'État, se composant de biens susceptibles d'une propriété privée, que l'État devait posséder comme un propriétaire ordinaire, et qui sont aliénables et prescriptibles. Enfin il classa les fleuves et les rivières navigables dans le domaine public, et ne fit aucune mention des cours d'eau non navigables.

Un projet de décret sur tous les cours d'eau en général fut présenté à l'Assemblée nationale au mois d'avril 1791. On y déclarait, article 12, que le cours des rivières, comme celui des fleuves, était une propriété commune et nationale; toutefois, sur l'observation d'un membre de l'Assemblée que ce projet emportait la destruction du droit d'arrosement, on renonça à sa discussion. Il y eut bien de nouvelles tentatives pour organiser le régime légal des rivières; mais d'oscillation en oscillation, on arriva à la veille de la discussion du Code Napoléon sans avoir pris un parti définitif.

On sait assez ce que firent les rédacteurs de ce Code. Ils empruntèrent à la loi du 22 novembre 1790 son article 2, qu'ils fondirent dans l'article 538, et qui énumérait les choses dont le domaine public se compose, omirent également d'y comprendre les cours d'eau non navigables, et enfin réglèrent le sort des riverains par l'article 644, en leur concédant la faculté d'user des eaux courantes.

Quelle est l'impression qui résulte de cette série de faits? Que le débat qui s'agite est désormais fort restreint, et que si la propriété des cours d'eau non navigables ne fait pas partie intégrante

Digitized by Google

du domaine public, elle n'est à personne. La saine entente de l'article 644 qui, à nos yeux, n'accorde aux riverains que des facultés usagères limitées, et, dans tous les cas, incompatibles avec le droit de propriété, enlève à la controverse historique son principal intérêt. En admettant qu'il fût possible, à l'aide de ce zèle opiniâtre qu'est bien digne d'inspirer la recherche d'une vérité légale au sort de laquelle tant de droits sont suspendus, d'établir aujourd'hui que la possession à titre de propriété, des cours d'eau non navigables par les riverains, a précédé l'avénement du régime féodal, et qu'elle s'est continuée même sous la domination de ce régime, il est évident qu'au point de vue des intérêts nouveaux cette antique possession serait frappée de stérilité, car elle aurait subi une métamorphose sous le Code Napoléon, et c'est ce Code qui est le régulateur de tous les droits. Mais on peut se rassurer, le Code Napoléon n'a fait que sanctionner l'histoire, et les possessions légitimes n'ont pas de meilleure sauvegarde que la sienne.

Les lois abolitives de la féodalité devaient nécessairement déplacer la propriété des petites rivières. Par la chute de ce régime, il n'y a plus eu en France qu'une justice, une souveraineté, un État. La seigneurie justicière, aussi bien que les priviléges qui y étaient attachés, ont fait retour à la nation comme autant d'accessoires de sa souveraineté, à laquelle 1789 rendait sa grande et forte unité. Il y a donc eu appropriation virtuelle à cette époque, par le domaine public, du cours et du lit des rivières non navigables. Mais en concédant même aux partisans d'une nouvelle théorie féodale que le domaine de ces rivières n'ait pas fait partie de l'héritage de la haute justice, dès que la loi n'a pas entendu que ce domaine appartînt aux propriétaires riverains, il devenait indispensable, pour en fixer l'attribution, de remonter au droit commun. Eh bien! le droit commun devait, par la seule puissance de ses règles, incorporer cette propriété au domaine national. Il est même digne de remarque qu'à cet égard le droit public et le droit privé enseignent la même doctrine. Pothier n'a été que l'écho de Grotius.

Voici d'abord la décision de Grotius : « *Duplex est occupatio, una per universitatem, altera per fundos. Prior solet fieri per*

Digitized by Google

populum, aut eum qui populo imperat: altera deindè per singulos, magis tamen assignatione quàm liberâ occupatione. Quod si quid universim occupatum in singulos dominos descriptum non est, non ideò vacuam censeri debet, manet enim in domini primi occupatoris, putà, populi aut regis. Talia esse solent flumina, *lacus, stagna, silvæ, montes asperi*[1]. »

Pothier n'est pas mois formel. Il attribue la propriété des fleuves au souverain dont il traverse le territoire. Il paraît, du reste, qu'aucune dissidence ne s'est élevée parmi les interprètes, des écrivains feudistes à part, sur la vérité de cette doctrine fondée par la législation d'un peuple qui a occupé une si large place dans l'histoire des institutions et des idées.

Le système du droit romain était très-net. Il distinguait les choses *communes* (*communia omnium*) d'avec les choses publiques (*publica*). Et qu'entendait-il par les choses publiques? La loi 15 au D., *De verb. signif.* va nous l'apprendre : *Sola ea publica sunt, quæ populi romani sunt.*

L'eau courante, *aqua profluens*, était au rang des choses communes; mais un fleuve, et on appelait de ce nom tous les cours d'eau qui avaient un écoulement continu, était toujours public, qu'il fût navigable ou non : il appartenait donc au peuple romain ; il était une dépendance de son domaine.

Ce système avait traversé les âges, il s'était perpétué dans les villes libres de l'Italie et, s'il n'avait pas pénétré dans notre pays à l'époque où les institutions féodales lui faisaient obstacle, on ne voit pas comment il n'aurait pas dû s'y établir, lorsque ces institutions tombèrent et qu'à leur place la révolution de 1789 fit renaître ce beau type de centralisation et d'ordre civil que l'empire romain avait offert à notre imitation.

Mais une objection a été faite. On conteste que les rivières non navigables puissent faire partie du domaine public, puisque l'article 538 du Code Napoléon les en a retranchées et que l'article 2 de la loi du 22 novembre 1790 avait aussi refusé de les y comprendre.

Cette objection est spécieuse, mais est-elle concluante? Il ne

[1] Lib. 2, cap. 2, § 4.

Digitized by Google

fallait sans doute pas répondre, comme on l'a fait dans un savant écrit[1], « que l'article 538 comprend dans la généralité des termes qui le terminent, même les rivières non navigables ni flottables, quoiqu'il n'en parle pas explicitement, ces rivières étant des portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée. » Pourquoi se le dissimuler? Il est positif que les rédacteurs du Code, aussi bien que le législateur de 1790, n'ont pas voulu comprendre les petites rivières dans l'énumération qu'ils ont faite, et l'expression collective qui termine les articles 2 de la loi du 22 novembre 1790 et 538 du Code Napoléon ne les y comprend pas non plus. Mais rien de plus facile à expliquer que cette exclusion. Les choses que ces deux articles embrassent et font entrer dans le domaine public sont uniquement celles dont la destination est publique et l'usage universel, sur lesquelles personne ne peut s'attribuer un droit privatif et qui n'ont à subir aucune des atteintes du droit de propriété. Qui donc pourrait aspirer à exercer seul la faculté de passer sur un chemin ou de naviguer sur un fleuve? Évidemment les eaux courantes ne devaient pas figurer dans cette catégorie. Inutiles à la navigation et au transport des marchandises, leur usage n'a pas dû être universel. Elles admettent l'exercice d'un droit individuel et privatif, celui du propriétaire qui se trouve sur leur passage ou des manufactures qui les enchaîne dans leur course. Elles sont affectées au service de l'héritage de l'un, de l'établissement de l'autre; elles ne peuvent même être séparées de ce dernier, car ils lui donnent la puissance qui les met en activité. On les possède, non point comme on possède une faculté personnelle et commune à tous les citoyens d'un même empire, mais privativement. Cette possession privative ne s'exerce pas toutefois à titre de propriété; c'est une possession simplement usagère, et l'usage ici est un démembrement du droit de propriété. Il suit de là qu'il y a une ligne de démarcation bien tranchée entre les fleuves et les cours d'eau non navigables, et qu'il n'était pas permis de les confondre dans la même énumération. A l'égard des premiers, la loi n'a rien mis dans le commerce,

[1] *De la propriété du cours et du lit des rivières non navigables*, par M. Rives, p. 72.

Digitized by Google

rien abandonné au domaine privé; à l'égard des seconds, elle a placé hors du commerce, en l'affectant au domaine public, la nue propriété, mais elle a livré l'usage au domaine privé et souffert que cet usage pût même être acquis, comme on acquiert une servitude sur un cours d'eau privé [1]. Ainsi s'explique l'omission remarquée dans les articles 2 de la loi de 1790 et 538 du Code Napoléon.

Il me reste à rappeler que la Cour de cassation, qui a refusé aux riverains la propriété des cours d'eau non navigables, ne l'attribue pas cependant au domaine public; que, suivant elle, cette propriété n'appartient à personne, et qu'en un mot le véritable caractère de ces cours d'eau est déterminé par l'article 714 du Code Napoléon. C'est la doctrine qui ressort de son arrêt du 10 juin 1846, et qu'avait déjà pu faire pressentir celui du 14 février 1833 relatif à la propriété de la pente des mêmes cours d'eau.

Il y a des choses qui ne peuvent pas être primativement possédées; il y en a qui, bien que susceptible de l'être, ne le sont pas encore. On peut dire des unes et des autres qu'elles n'ont pas de maître : *à proprietate vacant.*

Or de deux choses l'une : ou les rivières non navigables admettent l'empreinte de la propriété privée, ou elles ne l'admettent pas.

Si on les range dans la première catégorie, il est évident qu'en vertu d'une autre règle leur propriété aura été encore dévolue à la nation, lorsqu'en 1789 elle sortit des mains de leurs possesseurs féodaux. En effet, toutes les choses immobilières, tous les éléments du sol dont le propriétaire est ignoré ont un maître, en France, et ce maître est l'État. D'où l'on voit que le silence de la législation aurait suffi pour rendre l'État propriétaire, et cette mainmise, proclamée déjà par l'article 3 de la loi du 22 novembre 1790, aurait été encore consolidée par les articles 539 et 713 du Code Napoléon. Mais assimiler à des biens patrimoniaux ces cours d'eau moyens, ces rivières dont la nature elle-même a tracé le cours et qui constituent une sorte de domaine

[1] C. cass., 26 février 1844; Bourges, 7 août 1835.

Digitized by Google

naturel, peut-être ne le pourrait-on qu'en offensant les idées aujourd'hui reçues. Et ne serait-ce pas tout au moins marquer un retour fâcheux à ces fausses maximes qui, sous la législation féodale, avaient dénaturé, en les exagérant, les attributs de la propriété? Il n'y a, à proprement parler, que la jouissance des cours d'eau non navigables qui soit passible des règles du domaine privé, et encore ne l'est-elle qu'avec toutes les restrictions que commande la nature même de cette jouissance qui ne consiste qu'en un simple droit d'usage.

Veut-on, au contraire, classer les rivières dans la catégorie des choses qui ne sont pas susceptibles de propriété privée? Je réponds qu'on le peut sans les faire tomber sous l'empire de l'article 714. La nation n'est pas seulement gardienne, elle est vraiment propriétaire des biens qui font partie du domaine public, encore que ces biens ne soient pas susceptibles de propriété privée. Est-ce que la nation, en effet, n'a pas la propriété, la propriété juridique, des routes qui sillonnent son territoire, du lit des fleuves qui la baignent, des forteresses qui la défendent? Il est incontestable que ces portions du sol lui appartiennent [1]. La loi les a sans doute retranchées du commerce, et personne ne peut acquérir sur elles un droit individuel de propriété ou de jouissance; mais l'impossibilité dans laquelle sont les citoyens d'acquérir sur ces choses un droit privatif n'exclut pas le droit de propriété de l'État ou de la nation, droit qui n'est que la suite de sa souveraineté même. Or il en est autrement des choses qui, suivant l'article 714, n'appartiennent à personne, telles que la mer, l'air, l'eau considérée comme élément. A leur égard, la nation elle-même n'a ni la volonté ni le pouvoir de se les approprier, car leur nature même résiste à toute appropriation. Eh bien! un cours d'eau non navigable est-il moins susceptible d'être possédé par l'État qu'un fleuve ouvert à la navigation? La destination de l'un et de l'autre diffère sans aucun doute, mais ils s'identifient par leur nature, par leur mode. La rivière qui, au moyen des coupures pratiquées sur ses bords, fertilise les terres riveraines,

[1] M. Demolombe, t. IX, p. 337, dit que les expressions *domaine public* sont exclusives d'un droit de propriété même en regard. N'y aurait-il pas là une équivoque? Le droit de propriété existe, mais non pas l'aliénabilité.

Digitized by Google

n'est pas autre que le fleuve qui transporte les produits du sol ou de l'industrie.

Il faut, lorsqu'il s'agit de fixer le caractère juridique d'un fleuve ou d'une rivière, faire, avec tous les publicistes et les jurisconsultes, une distinction que la Cour de cassation a, non pas méconnue, mais probablement refusé d'appliquer aux simples rivières. En effet, il y a deux choses à considérer dans un fleuve ou une rivière, le fluide d'abord, ensuite le corps même du fleuve et de la rivière qui, outre ce fluide, embrasse le lit et les rives[1]. Le fluide, l'eau prise comme élément, est une chose commune, « qui appartient à tous les hommes, sans qu'aucun puisse s'en dire le propriétaire, tant qu'elle reste dans cet état[2]. » Mais le corps du fleuve ou de la rivière est une chose publique et non pas commune ; il est dans le domaine du peuple dont il traverse le territoire. Grotius avait exprimé cette vérité avec concision : « *Flumen, quâ flumen dicitur, proprium est populi cujus intrà fines fluit. At idem flumen, quâ aqua profluens vocatur, commune mansit*[3]. » Mais Vinnius surtout l'a développée sous une forme ingénieuse : « *Notandum est discrimen fluminis et aquæ fluentis, undè usus utriusque nascitur diversitas. Flumen est totum quid, unumque et idem corpus, quod mille abhinc annis fuit, denique imperio eorum est quorum finibus continetur. At aqua fluminis numero eadem non est, sed alia atque alia*[4]. »

La Cour de cassation a-t-elle considéré que la loi ayant fait, au détriment du domaine public et au profit des riverains, l'abandon perpétuel de l'alluvion et des atterrissements qui se forment dans les simples rivières, elle avait dès lors tout retiré au domaine public, et que celui-ci n'avait plus le bénéfice d'aucun droit à invoquer? On pourrait supposer que cette considération ne lui a pas été étrangère ; et cependant ne manque-t-elle pas de justesse? Il résulte de la discussion qui eut lieu au conseil d'État qu'on n'avait fait l'abandon aux propriétaires riverains des îles

[1] Grotius, lib. 20, cap. 3, § 17.
[2] Pothier, éd. Bugnet, t. IX, p. 131.
[3] *Loc. cit.*, lib. 2, cap. 2, § 12.
[4] *Comment. in quatuor lib. Inst.*

Digitized by Google

et des îlots, dans les rivières non navigables, que parce que « ces objets étaient de si peu d'importance qu'il n'y avait peut-être aucun intérêt à les leur disputer[1]. » Or cette concession fut exceptionnelle et elle devait se renfermer dans son objet. Elle n'emportait pas surtout le délaissement du lit et enfin de ce qui constitue le corps de la rivière que Vinnius a défini : *Totum quid, unumque et idem corpus*. Il est évident, au contraire, qu'en procédant ainsi par voie d'exception, la loi a entendu que le domaine public conservât tout ce qui n'était pas conquis dans la concession qu'elle spécifiait. Est-ce qu'il n'y a pas toujours et malgré l'abandon de l'alluvion et des atterrissements, une rivière qui survit, qui a son individualité, et sur laquelle la nation peut exercer sa mainmise et sa puissance? Mais je conviens qu'au lieu de soumettre ce lit à l'appropriation du domaine, la Cour de cassation le range parmi ces choses qui n'appartiennent à personne, « parce que, dit-elle, les eaux et leur lit forment, par leur réunion et tant qu'elle subsiste, une seule et même nature de biens, et doivent être régis par des dispositions identiques. » C'est ici que se manifeste surtout une confusion d'idées qu'il était bien facile d'éviter, si on s'était attaché à la distinction si frappante et si juste qui vient d'être rappelée. Dire que parce que l'eau courante n'appartient à personne, le lit sur lequel elle s'écoule suit la même nature, c'est faire une fausse application de cette maxime d'Ulpien : *Impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus*. L'eau courante, l'eau considérée comme élément, est la même partout. Celle que roule un fleuve navigable est identique, devant l'ancienne règle de Marcien et l'article 714 qui l'a reproduite, avec celle qui forme le volume d'une simple rivière ou d'un ruisseau. Mais ce n'est pas cette eau, envisagée isolément, qui donne au lit sur lequel elle se répand sa physionomie légale. La rivière n'est telle que par son ensemble, et c'est lorsque cet ensemble existe qu'on ne peut plus le diviser ni détruire l'unité qui lui appartient. *Flumen non consideratur undè quâ aquâ est, sed quâ aquâ alveo tali fluens ripisque talibus inclusa*, a dit encore Grotius.

[1] Locré, t. VIII, 126, 14, 15.

Digitized by Google

Enfin, fidèle à son point de vue, la Cour de cassation a jugé, le 14 fév. 1833, que la pente utilisable des cours d'eau non navigables n'appartient privativement à personne et qu'elle est à l'usage de tous. Rien de plus conséquent que cette doctrine, mais est-elle irréprochable?

La force motrice inhérente à la pente qui affecte la surface d'une rivière est l'effet d'un phénomène naturel que chacun peut observer. Toute masse liquide cherche son niveau, et elle se met en mouvement dès qu'elle n'est pas soutenue ou limitée par la résistance des corps environnants. C'est donc tout à la fois de la déclivité du sol sur lequel l'eau coule et de l'extrême mobilité des particules qui la constituent et qui se précipitent jusqu'à ce qu'elles aient trouvé leur équilibre que se forme la force motrice.

On conçoit le raisonnement de ceux qui, attribuant la propriété des cours d'eau non navigables aux riverains, en tirent la conséquence que la force motrice qui résulte de l'inclinaison du lit et de la disposition des berges est un accessoire de cette propriété. Il semble, en effet, qu'on doive posséder la chute d'eau dès qu'on possède le sol sur lequel elle existe. Mais quand on est d'avis que la propriété de ces cours d'eau échappe aux riverains, il faut nécessairement remettre à l'État la libre disponibilité de la pente qui les affecte. Déclarer que cette pente ne peut appartenir privativement à personne, c'est déclarer que l'État n'en a pas la disposition. Cependant c'est lui qui en dispose. Mais de quel droit en dispose-t-il, s'il est destitué d'un droit de propriété? Aussi cette dispensation qu'elle fait de la force motrice lui a-t-elle été reprochée comme un abus et même comme une grave usurpation. C'est qu'en effet, si cette force motrice est au nombre des choses que régit l'article 714, on ne voit pas où l'autorité supérieure puiserait la faculté qu'elle exerce. Il est manifeste qu'elle ne pourrait alors prétendre qu'à un droit de police et tout au plus d'administration économique sur le cours d'eau.

En décomposant le pouvoir dont l'État ou l'administration jouit, à l'occasion de l'établissement d'une usine sur une rivière non navigable, on voit que ce pouvoir consiste d'abord dans la

[1] Dalloz P., 33, 1, 138.

Digitized by Google

fixation de la hauteur des eaux, ensuite dans la délivrance de la permission d'ériger l'usine, et enfin dans la concession de la pente ou force motrice qui doit la mettre en jeu. La première de ces mesures est du ressort de cette police souveraine que l'administration exerce sur tous les cours d'eau quelconques, et dont personne ne songe à restreindre l'usage. Il faut reconnaître aussi que, malgré les doutes qui se sont élevés, les permissions d'établir une usine tenant à des considérations d'économie sociale et affectant des intérêts que seule l'administration peut apprécier, il sied de ne pas lui contester, sur ce point, un arbitrage suprême. Mais quant à la disposition de la pente, il est évident qu'elle ne peut être la suite ni du droit incontesté de police et de surveillance qui appartient à l'administration, ni de celui d'autoriser, dans tous les cas, l'établissement d'une usine à eau. Or n'est-ce pas consacrer en jurisprudence une innovation grave et hardie que de dire, avec un arrêt, que « lorsqu'il s'agit de l'application de la force motrice aux usines, il faut admettre le pouvoir dispensateur de l'administration, organe de la puissance publique dans le règlement de la jouissance des choses qui échappent, par leur nature, à l'appropriation exclusive du domaine privé [1] ? » Est-ce que l'État est chargé de régler l'appropriation des choses communes et de donner à un seul ce qui n'appartient à personne? Que dirait-on s'il accordait à un citoyen le droit exclusif et permanent de faire dériver sur son fonds, au moyen de travaux destinés à les absorber, les eaux pluviales qui sont communes et qu'on n'acquiert que par l'occupation ? Non, l'attribution de la pente ou force motrice ne peut être qu'un acte de gestion domaniale. Et pourquoi la jurisprudence a-t-elle donc maintenu comme légales les constructions d'usines permises par les anciens seigneurs? Parce qu'ayant eu la propriété foncière des petits cours d'eau, de ce droit de propriété dérivait pour eux celui de disposer de la pente qui y adhérait et de mettre dans les mains des concessionnaires des titres dont le temps ne pourrait plus ensuite détruire l'efficacité.

En restant en deçà du droit, la Cour de cassation s'est donc

[1] C. de Caen, 9 août 1837. Dalloz, nouv. éd., v° *Eaux*, n° 345.

Digitized by Google

exposée, ce me semble, à accréditer un doute fâcheux sur la légitimité de l'action administrative dans ces importantes matières. Il fut une époque où Loyseau pouvait écrire, sans ironie, que « le roy avait les mains longues et qu'il n'était pas de telle couverture que le manteau royal. » Époque à la fois désastreuse et féconde pendant laquelle les officiers royaux ne reculaient pas en effet devant l'injustice et la spoliation, mais pendant laquelle aussi s'élaboraient les institutions modernes et se fondait l'unité de notre pays. Aujourd'hui que la France est achevée, il n'y aurait plus d'excuse pour des empiétements arbitraires, et il ne faut pas que, lorsque l'autorité publique est mise en contact avec la propriété privée, on puisse même la soupçonner d'entreprendre sur elle. Il ne faut pas spécialement que, lorsqu'elle dote un établissement industriel de la force motrice qui lui procure un cours d'eau non navigable, des intérêts froissés s'insurgent contre elle en lui reprochant d'usurper une chose qui appartient à tous.

Il importe d'autant plus de ne pas énerver par ce soupçon le pouvoir qu'elle exerce, que, de la hauteur où elle est placée, elle peut, mieux que les particuliers, mesurer les besoins de la consommation et pondérer les intérêts de l'agriculture et de l'industrie. On sait que l'une et l'autre ont trouvé dans nos Codes une protection inégale, et c'est aussi pour corriger cette inégalité que l'administration a besoin, sous un autre rapport, de conserver dans son intégrité le droit de fournir à l'industrie le moteur qui peut lui être nécessaire et que par suite d'une fausse appréciation de l'intérêt agricole on ne serait que trop souvent porté à lui disputer.

F. SACASE.

Digitized by Google

DU CUMUL DU PÉTITOIRE ET DU POSSESSOIRE.

Par M. DORLENCOURT,
Juge au Tribunal civil de Douai.

Parmi les divers points compris sous ce titre, aucun n'est d'un intérêt plus usuel que l'invocation du droit de propriété dans l'instance possessoire. Que doit faire le juge devant lequel les parties litigantes invoquent le droit de propriété? Pour répondre, il faut scinder.

Occupons-nous d'abord du demandeur.

1° Il conclut, non au maintien de sa possession, mais à la reconnaissance du droit de propriété en sa personne. Point de doute possible; le juge se déclarera incompétent, lui mît-on sous les yeux les titres les moins suspects : action intruse, action caduque.

2° Il conclut aux deux fins tout à la fois; il demande possession et propriété. La raison veut que, déclinant la connaissance du second point, le juge retienne celle du premier. Ce qui abonde ne vicie pas. Si l'action possessoire est régulière, pourquoi la repousser et sacrifier un intérêt respectable au rigorisme des formes? La justice française réprouve de telles solutions.

3° Il conclut au possessoire seul, mais en se fondant sur le droit de propriété. Le dispositif est tout dans une demande. Peu importent les motifs. Il n'y en aurait pas, que rien n'obligerait à la rejeter, s'il se trouvait d'ailleurs dans des faits positifs, dans l'aveu de l'adversaire une preuve contre celui-ci. Point de fins de non-recevoir sans nécessité, et par suite iniques. Il faut donc juger au fond, mais, bien entendu, par des considérants relatifs à la possession.

4° Il produit un titre de propriété à l'appui de ses conclusions sur le possessoire. Ici naissent les difficultés. Posons la question d'après M. Bélime, auteur du *Traité du droit de possession*. « .....Le juge de paix peut[1] prendre trois partis bien distincts.

[1] N° 447.

Digitized by Google

» Le premier consiste à examiner le titre pour en tirer telles inductions que de raison sur le caractère de la possession ; le second, à se déclarer incompétent, sans aucun examen, dès que l'adverse partie conteste la validité de l'acte ; le troisième, à renvoyer les parties au pétitoire pour faire juger la question préalable de la validité des actes, mais sans se dessaisir de l'action possessoire régulièrement formée par-devant lui. »

M. Bélime n'admet aucun de ces partis, et en propose un quatrième en ces termes [1] : « Il (le juge) doit prendre connaissance des titres ; s'il se convainc qu'ils sont valables, s'il y a évidence que l'adversaire ne les conteste que par chicane et pour gagner du temps, il prononcera la maintenue au possessoire. S'il lui paraît, au contraire, qu'il y a doute et que leur validité, au fond, peut faire l'objet d'un débat sérieux, il renverra les parties sans se dessaisir, à faire résoudre au pétitoire ce point préjudiciel. »

De ces quatre systèmes aucun ne paraît satisfaisant. En voici un cinquième, dont l'exposé tendra à la réfutation de ses devanciers :

Dans tous les cas, le juge du possessoire,

1° Se refusera à tout examen des titres de propriété ;

2° Prononcera sur le fond sans sursis.

D'abord, pourquoi examinerait-il le titre ? Ce sera surtout, dit-on, pour s'éclairer dans les instances relatives à des servitudes discontinues [2]. Mais ces instances sont impossibles, répondrons-nous. Si les servitudes discontinues ne peuvent s'établir que par titre, si la possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir (art. 691 C. Nap.), cela ne tient-il pas à ce qu'elles ne sont point susceptibles d'une vraie possession, c'est-à-dire d'une détention positive et saisissable, mais uniquement d'une passagère et incertaine appréhension qui, par suite, ne présupposant pas la propriété, arrêterait mal à propos les regards de la justice ? « Rien n'assure, rien ne peut même faire *légalement présumer* que le propriétaire voisin ait eu une connaissance suffisante d'actes souvent fort équivoques, et dont la preuve est dès lors inadmissible. » Telles étaient les paroles de l'un des orateurs à

[1] *Traité du droit de possession*, n° 450.
[2] *Ibid.*, n° 447.

Digitized by Google

l'égard des servitudes discontinues et des servitudes continues non apparentes, lors de la discussion du titre relatif à ces matières. Eh bien! des servitudes dont la possession ne se démontre pas, est condamnée au silence et assimilée à zéro, feront l'objet du possessoire! Non; point de prescription, point de possession; où la première ne peut naître, la seconde n'existe pas. Les deux sont, aujourd'hui surtout, indissolublement unies en doctrine et en jurisprudence. Possession pour faire venger le trouble, possession pour prescrire, choses identiques. Qui dit prescription ne dit-il pas longue possession, suite de possessions annales? Par corollaire incontestable, point de possession, point de possessoire. *V.* Carré, *Lois de la procédure*, t. I, p. 44, et Henrion, p. 416. Inutile donc de compulser les titres de propriété pour les servitudes imprescriptibles.

Mais inutile aussi pour toutes les choses, pour tous les droits qu'on peut posséder *véritablement*. D'abord, parce que leur possession doit être prouvée par une enquête (art. 24 C. de pr.), et qu'ils se prêtent à cette preuve. En outre, parce que le titre n'enseigne rien soit sur le fait de la possession, soit sur ses caractères.

Sur le fait, cela ne se démontre pas. Sur les caractères, qu'y verriez-vous, je vous prie? Y verriez-vous si la possession a été paisible, non précaire? — Au moins, quant à ce dernier chef, insistera-t-on peut-être, l'acte l'établira. — Pas davantage. Il montrera bien qu'en tel temps vous acquîtes un droit de propriété. Mais n'avez-vous pu postérieurement devenir *précaire* de vingt manières différentes, notamment par vente tenue secrète avec réserve d'usufruit ou de bail, cas si fréquents? Car enfin, ce qu'il y a lieu de rechercher, c'est, non pas si *autrefois* vous eûtes, de par ce contrat, *le droit de propriété*, mais bien si vous avez *actuellement* le *fait d'une possession* de maître, deux choses doublement opposées. Assez sur ce point, auquel il faudra revenir, comme au vif de la question.

Dans tous les cas, disons-nous, l'examen des titres est superflu. Nous ajouterons : il blesse et la loi [1] et la raison.

[1] Article 25 du Code de procédure.

Digitized by Google

En effet, de deux choses l'une : cet examen porte sur la validité ; alors il entame la question de propriété, il entre dans le pétitoire. Car peu importe, notez-le bien, si la sentence ne prononce ensuite qu'au possessoire ; il n'y en a pas moins eu *in petto* une sentence préalable sur le droit de propriété de la part d'un tribunal qui n'en saurait connaître. C'est un détour frauduleux et indigne du magistrat pour se mettre au-dessus des lois tout en ayant l'air de les respecter. C'est faire tacitement et dans l'ombre ce qu'on n'oserait de vive voix et au grand jour. Mais ce qui ajoute beaucoup à la gravité, c'est le faire en dehors de toutes les conditions d'une bonne décision, sans le secours d'un véritable débat contradictoire, sans les moyens d'instruction réservés à la procédure du pétitoire seule. Passons cependant. Supposons la validité reconnue par le juge, même positive, même incontestée, sera-ce tout? Le titre est-il bien compris? quels en sont le sens, la portée, l'étendue? N'y a-t-il pas dans les contrats des clauses décevantes? Ces fossés, ces lignes d'arbres, objet du débat, sont-ils clairement renseignés et attribués à tel ou tel? Voilà le juge du possessoire conduit à interpréter des conventions! Supposera-t-on sur tous ces points les parties en accord complet? Mais apparemment elles ne plaideraient pas Ou enfin, si elles plaidaient, ce ne serait que relativement au fait tout nu de la détention. Et, dans cette hypothèse, à quoi bon compulser des titres? pourquoi accueillir une production inutile et déplacée? pourquoi ne point se contenter de l'enquête obligatoire, encore un coup, aux termes des articles 24 et 34 du Code de procédure?

Ou bien l'examen laisse en dehors la validité, s'en réfère pour l'interprétation au bénéficiaire, et se borne à une simple lecture. Et alors, servilement soumis à cette feuille de papier et à cet homme, s'inclinant devant une forme extérieure de contrat, le juge..... *en tire des inductions telles que de raison sur le caractère de la possession?...* Comment! Il a donc, sur ce bel informé, acquis une conviction intime, judiciaire en un mot (car il le faut évidemment)? Sans cela, ses inductions manquent de base ; sans cela, il se livre à la plus folle des contradictions : il croit sans croire!...

Digitized by Google

Carré, sur l'article 24, nº 112, émet, nous le savons, une opinion contraire, mais sans la motiver; il permet la lecture du titre; et l'on verra cependant plus loin qu'il interdit, aussi strictement que nous, de *préjuger* le pétitoire. Ce qui le sauve d'une formelle contradiction, c'est qu'il paraît céder à un sentiment de déférence pour deux arrêts de cassation, et qu'en outre il réfute avec grand soin M. Demiau-Crousilhac étendant la faculté de cette lecture à un autre cas.

Quoi qu'il en soit, le premier des arrêts dont s'agit [1], daté du 12 fructidor an X, antérieur par conséquent au Code de procédure, statue entre parties dont ni l'une ni l'autre ne justifiant de la possession *annale*, n'auraient eu sous ce Code l'action en répression de trouble. Considérants, dispositif, loin de résoudre la difficulté qui nous occupe, n'en font pas même mention. Le jugement attaqué avait affirmé la nécessité dans la cause de l'examen des titres. Merlin, dans ses conclusions, en admet la légalité, sur un passage de Dunod qui permet « d'alléguer les *raisons du pétitoire* pour fortifier sa *possession*. » Merlin, du reste, n'entreprend pas de justifier une telle confusion. Mais comme nos articles 24 et 25 ont été précisément édictés pour prévenir cette même confusion de la manière la plus générale, la plus péremptoire, impossible d'avoir égard à l'arrêt de l'an X. Tel est pourtant le point de départ d'une jurisprudence erronée et dangereuse!

Le second est du 6 juillet 1812 [2]. Il n'a rien de plus explicite, et n'excuse nullement la concession de Carré.

On peut en dire autant des arrêts relatés au Répertoire et au Recueil périodique de MM. Dalloz [3]. Un seul, celui du 17 juillet 1844, sans aller au fond de la question de principes engagée, en dit assez pour révéler l'esprit dans lequel il est conçu : « Attendu, y lit-on, que, dans une action de cette nature, les titres peuvent être invoqués, non sans doute pour établir la possession, mais pour en fixer la nature et le véritable caractère; que les juges chargés de statuer, et auxquels des titres sont présentés, ont le droit et le devoir de les *apprécier* provisoirement,

[1] Merlin, *Questions du droit*, aux mots *Complainte* et *Servitude*.
[2] *Journal des Avocats*, t. II, p. 395, v° *Action*, nº 37.
[3] V° *Action possessoire*, nº 756; D. P., 1846, 1, 146.

Digitized by Google

sauf la réserve des droits qui, au pétitoire, pourront résulter de leur appréciation définitive. »

On remarquera d'abord qu'ici l'infraction à l'article 24 du Code de procédure civile est infiniment aggravée, ce qui, du reste, se répète dans l'arrêt du 8 avril 1846. Il ne suffit plus de permettre aux juges du possessoire de consulter les titres de propriété. On les autorise à les *apprécier*, c'est-à-dire à prononcer sur leur sens, sur leur validité, *sauf la réserve des droits qui, au pétitoire, pourront résulter de leur appréciation définitive.* Où en sommes-nous arrivés ? La sentence possessoire devient tellement envahissante, qu'elle se permet tout au moyen d'une réserve, en vérité bien gratuite, bien surabondante de sa part, des droits des juges du pétitoire !

Elle dit à ces derniers : « Je prends votre rôle, j'interprète des titres, je décide s'ils sont sincères, concluants, valides; ou s'ils sont faux, sans application, nuls. Mais je veux bien vous reconnaître la faculté de prononcer ensuite sur eux par une *appréciation définitive.* Il est vrai, pourrait-elle ajouter, cette dernière sera si peu définitive qu'elle n'aura pas le moindre effet contre mon appréciation provisoire. Paul, que je dépouille de la possession comme non propriétaire, aura beau faire reconnaître par vous son droit à cette qualité; il n'en aura pas moins définitivement soldé le coût de mon erreur, perdu la possession intermédiaire, supporté des dommages-intérêts; car vous ne prononcez pas sur moi ; vous vous occupez d'un procès tout différent. Il est vrai encore, je juge ce même procès, par le fait, en discutant et résolvant contre Paul la question du droit de propriété. Mais je ne lui enlève pas ce droit, comme logiquement je devrais. Non, je me borne à dire : Paul n'a pas la *propriété*, en conséquence je lui interdis la *possession*. Si vous objectez que j'usurpe au fond votre office en statuant ainsi sur le droit de propriété pour adjuger la possession, je vous répondrai : Vous allez peut-être me rendre la pareille, déchirer le titre qui me sert de base, et dire : Paul *possède depuis trente ans;* en conséquence nous lui adjugerons la propriété. »

Sérieusement il faut sortir, par la voie des principes, de cet *imbroglio* où de deux compétences diverses l'une gâche la be-

Digitized by Google

sogne de l'autre sous prétexte d'élucider la sienne, et où cette autre, examinant à nouveau, ne confère ni ne réforme.

Avec le profond respect que méritent à tant de titres les décisions de la Cour suprême, osons dire : Non, les juges du possessoire ne sauraient avoir *le droit et le devoir* de décider d'après des titres de *propriété*. Un *fait* leur est soumis, celui de la possession. La recherche « du fond du droit, » même par enquête, seule voie d'instruction ouverte, serait de leur part un excès de pouvoir qui ne peut s'autoriser moyennant un autre, l'interprétation des contrats. Autant vaudrait permettre à l'ordre judiciaire l'appréciation des actes administratifs. Comment donc a-t-on pu franchir de tels obstacles? Par la nécessité où l'on a cru la juridiction possessoire, de prendre, dans le fait de l'existence réelle du droit de propriété, son point de départ pour déterminer si la possession est ou non *précaire*. Or y a-t-il nécessité de ce point de départ? Non; tout au contraire, il est faux; et on ne s'en préoccupe que par suite d'une perception vicieuse des mots *à titre non précaire* de l'article 23. Montrons-le derechef par des explications détaillées.

D'abord, il est bien convenu que ces mots équivalent à ceux-ci : à titre de maître, à titre de propriétaire.

Mais ce qui le paraît moins, et ne laisse cependant pas d'être souverainement juridique, c'est qu'ils veulent dire sans plus : *à l'instar* d'un maître, sans marque de sujétion, avec les allures qui indiquent l'idée arrêtée de posséder pour son propre compte, d'être propriétaire ou de le *devenir* par le fait même de la possession; que ces mots n'ont point pour objet l'existence réelle du droit de propriété fondé sur un acte, mais bien l'*apparence*, la manifestation extérieure d'une *prétention* à ce droit; en d'autres termes, l'affectation des manières d'un propriétaire, l'aspiration à être tel. C'est qu'il suffit enfin pour le possesseur d'avoir montré l'*animus domini*, d'avoir paru *animé* de l'idée qu'il *dominait*. Je pourrais, à l'appui de ces déductions, citer une foule d'autorités, presque tous les légistes qui ont écrit sur la matière. Je mentionnerai de Ferrière [1], Domat [2] pour l'ancien

[1] V° *Possession civile*.
[2] *Lois civiles*, t. I, p. 265, n° 16.

Digitized by Google

droit, M. Troplong [1], M. Bélime [2] pour le droit moderne.

Allons maintenant plus loin. Le possesseur qui sait parfaitement n'être pas propriétaire, par exemple, l'homme condamné par jugement à se désister de la possession d'une chose ou d'un droit, peut, cela est également reconnu, obtenir par la prescription trentenaire cette chose ou ce droit [3]. Or, s'il prescrit ainsi, n'est-ce pas à dire qu'un tel détenteur possède à titre de propriétaire, et par contre que son action possessoire est *valable*?

Ainsi rien de plus certain dès à présent; l'article 23 C. de pr. doit se lire : « Les actions possessoires seront valables quand elles auront été formées.... par ceux qui.... étaient en possession.... *même avec la conscience de la non-propriété*, *même contrairement au titre* (qualité), *constaté par écrit*, *de leur adversaire ou de tout autre*, *mais avec l'*animus domini, *c'est-à-dire avec la prétention à la propriété*, *prétention non contredite en fait par autrui.* » C'est à cette situation tout extrinsèque, toute superficielle, que le législateur a entendu formellement subordonner la répression du trouble.

Mais cette situation, ne le perdons pas de vue, le possesseur n'a pas même à la démontrer. Il doit prouver par témoins deux choses : 1° le trouble, 2° sa possession annale; c'est-à-dire qu'il détenait un avant le jour du trouble, et qu'il détenait encore ce jour-là, sans mention du temps intermédiaire. Et il doit gagner sa cause, si la partie adverse n'établit également par enquête que la possession n'avait pas les caractères requis, et spécialement pour notre question, qu'elle était *à titre précaire*, en ce sens qu'elle avait lieu pour un autre, et que le possesseur a paru par sa manière de détenir, par tous les signes enfin qui dénotent la tolérance, la sujétion, ne pas posséder pour son compte.

Voilà le cercle tracé au possessoire par le Code de procédure, articles 23 et suivants : une enquête sur des *faits;* car la possession et ses caractères ne gisent qu'en cela. L'étendre, c'est détruire la limite des compétences; c'est déjouer la sagesse du législateur qui, dans un intérêt social du premier ordre, a soi-

[1] *Prescription*, t. I, n°s 363, 364, 367.
[2] *Traité du droit de possession*, p. 43, n° 46.
[3] *Ibid.*

Digitized by Google

gneusement séparé l'examen du *fait* de la possession de celui du *droit* de propriété; c'est travailler pour le chaos.

Peut-être fera-t-on cette objection : En interdisant l'examen de tous titres, vous laissez les parties sans défense contre des témoignages souvent peu dignes de foi. A cela deux réponses : La première déjà faite : impuissance radicale des titres; la seconde : l'enquête porte avec elle sa contre-partie; chacun informe de son côté, oppose dépositions à dépositions. Et malgré la défectuosité de cette nature de preuve, celui qui a la vérité pour lui conserve au moins autant de chances de réussir que son adversaire, on en conviendra.

Admettons enfin une difficulté insurmontable de décider : 1° si la possession est caractérisée ou non; 2° lequel des contestants a cette possession. *Quid juris?* Le tribunal [1] dira, ce qui est, que rien ne se trouve établi. Il écartera toute demande. Suite naturelle, un pourvoi au pétitoire.

N'aurait-il pas été préférable, observera-t-on peut-être, d'éviter ce second procès en allant au fond des choses et jugeant en équité? Pas même cet avantage d'une équité fort contestable; tant il est vrai de dire que l'équité ne se sépare guère sans danger du droit! Non; car le battu ne se résignera pas toujours à sa défaite après un jugement donnant ainsi prise par violation des textes.

Terminons cette discussion déjà trop longue par une considération qui nous semble avoir son importance : l'acte authentique s'éclipse au pétitoire en face d'une prescription trentenaire. Arrière, lui dit-on; respect à la possession! Et pourtant il est là dans sa sphère, on adjuge la propriété! Comment voulez-vous donc qu'il domine au possessoire un débat étranger à cette même propriété? Tout examen de titres étant à la fois inutile et illégal, le juge ne doit ni se dessaisir définitivement du procès, ni surseoir au jugement sous prétexte de question préjudicielle.

Et quant à ce dernier point, il en a bien d'autres motifs en vérité! 1° Il entrerait dans une fausse voie « en faisant dépendre la décision à rendre sur l'action possessoire, qui doit être jugée

[1] *V.* dans Carré, article 28, qu'il ne peut jamais être réduit à l'impossible.

Digitized by Google

définitivement avant tout, d'un jugement à intervenir sur le pétitoire..... Si la loi défend de cumuler le possessoire et le pétitoire, de joindre l'une et l'autre action, à plus forte raison défend-elle de *subordonner une décision à rendre au possessoire à une décision sur le pétitoire.* » (Carré, sur l'article 25 C. de pr.)

2° Il causerait un préjudice grave au demandeur : « On tient pour principe incontestable que celui qui se pourvoit au pétitoire est de droit présumé avoir renoncé aux droits qu'il eût pu faire valoir au possessoire..... Il serait *absurde* qu'une partie voulût disputer sur la possession après jugement sur la question de propriété. » (Carré, sur l'article 26 C. de pr.) Aux yeux du savant auteur, la seule assignation au pétitoire doit annuler l'instance sur la possession, dont le juge d'ailleurs attendrait longtemps, selon toute apparence, le retour des parties litigantes.

Venons au défendeur.

Il conclut au rejet de la demande parce qu'il est propriétaire. Il prétend l'établir par des titres, par des faits. Toute l'argumentation plus haut déduite, si elle est fondée, s'applique ici manifestement. Le tribunal ne peut admettre la preuve offerte. Mais, cette fois, il n'a point à déclarer son incompétence. Il ordonnera donc une enquête, si la possession ou le trouble sont déniés (art. 24 C. de pr.), et si l'on se trouve dans les conditions de l'article 34 du même Code. Il n'ordonnera point d'enquête et statuera au fond sur la possession et le trouble, au cas où ils ne seraient l'objet d'aucune dénégation, en déclarant le défendeur non recevable dans son exception de propriété. Nulle hésitation possible. L'action est régulière ; elle est fondée, puisque la partie adverse se borne à répondre : *feci*, *sed jure feci*, et que ce *jus* allégué ne saurait être démontré par elle dans l'instance engagée, mais bien dans une instance au pétitoire dont la loi lui ouvre le refuge.

De tout ce qui précède, il nous semble résulter que le juge du possessoire doit : 1° Se refuser à tout examen des titres de propriété produits par l'une ou l'autre des parties ; 2° prononcer sans sursis sur le fond.

L. DORLENCOURT.

Digitized by Google

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

Théorie de la Vente, par M. Georges Genreau.

Il s'est accompli, depuis quelques années, dans les Écoles de droit, et notamment dans l'École de Paris, un progrès très-notable.

En général, les thèses qui s'y produisaient, autrefois, se réduisaient à des propositions empruntées avec plus ou moins d'intelligence aux explications orales du professeur ou à ses écrits, et accolées les unes aux autres sans un trop grand souci de la méthode. A vrai dire, la science et la méditation entraient pour infiniment peu dans ces compositions, et le candidat, pourvu qu'il trouvât un diplôme au bout d'une discussion orale telle quelle, n'attachait pas la moindre importance à obtenir un autre genre de succès. On compterait aisément, dans un passé qui n'est pas encore fort éloigné de nous, les élèves qui, pour le doctorat comme pour la licence, firent à cette règle une honorable exception.

Les choses sont tout autres aujourd'hui; ce qui fut l'exception tend à devenir la règle, et déjà l'on ne compte plus les thèses qui ont une valeur scientifique réelle. Plusieurs causes, à notre avis, ont concouru à ce changement si précieux. D'abord le zèle sans cesse croissant des professeurs a eu pour effet de fortifier les études; ensuite l'institution si heureuse des concours annuels a eu pour résultat de stimuler l'émulation des élèves; enfin, et par-dessus tout, les règlements, en donnant aux candidats le choix de leur sujet, ont laissé à leur esprit cette liberté et cette spontanéité si nécessaires pour que l'investigation soit féconde. Sous l'influence de ces causes diverses, les résultats de l'enseignement se sont considérablement améliorés; et il n'est plus rare de trouver aujourd'hui, dans les thèses présentées et soutenues à l'École, des monographies véritablement savantes sur des points variés et intéressants du droit public ou du droit privé.

Cette *Revue*, toute vouée à la science du droit, manquerait assurément à sa mission si, comme tant d'autres organes de la publicité, elle laissait ce fait considérable sans le mettre en lumière. Déjà notre savant ami, M. Marcadé, en prenant à partie, sur une question délicate, l'une de ces monographies les plus remarquables (V. *Revue critique*, t. II, p. 532 et suiv.), nous voulons parler de la thèse de M. Boutry dont le sujet a été l'importante matière des donations entre époux, a prouvé qu'il y avait à compter avec ces jeunes adeptes dont les premiers travaux donnent déjà à la science des gages précieux et lui font entrevoir qu'elle trouvera un jour en eux ses plus solides appuis. Ce n'est pas assez toutefois; et puisque ces travaux ont une importance réelle, il convient, non pas seulement de les discuter dans une question isolée que l'auteur y a traitée, mais avant tout, de les considérer dans leur ensemble, de les apprécier, d'en faire connaître l'ordonnance, et de leur donner une publicité qui les fasse sortir du rayon de l'École pour laquelle ils ont été composés.

En commençant, aujourd'hui, cette œuvre de justice que nous nous proposons de continuer, nous signalons à l'attention du lecteur, la *Théorie de la Vente* de M. Georges Genreau. Composé en vue de la licence, cet écrit, dont le mérite doit survivre à l'occasion qui l'a inspiré, présente sur la vente, dans un espace de 100 pages environ, le résumé le plus complet, le plus substantiel, le plus métho-

Digitized by Google

dique qu'on puisse désirer. Profondément pénétré de l'importance de son sujet, le jeune auteur en a exposé les données générales dans un premier titre dont la composition est remarquable par les vues d'ensemble qu'elle révèle. Puis entrant dans les spécialités de la matière, l'auteur explique successivement ce qui a trait 1° aux éléments essentiels de la vente, c'est-à-dire à la cause et à l'objet de la vente, au consentement et à la capacité; 2° aux effets de la vente, c'est-à-dire à la translation du droit du vendeur à l'acheteur, à l'attribution des risques, à la subrogation réelle qui naît dans certains cas, et aux obligations et aux droits soit de l'acheteur soit du vendeur; 3° aux diverses espèces de ventes, et là viennent les ventes en matière civile avec les formes à l'aide desquelles elles sont constatées quelquefois et les modalités qui peuvent les affecter, les ventes en matière commerciale, avec les règles spéciales d'interprétation qui, dans certaines espèces de ventes, doivent être suivies en l'absence de conventions exprimées, et les ventes en matière administrative, avec leurs formes spéciales et cette grande variété dans les conditions du fond ; 4° à l'annihilation de la vente, et par suite aux questions si nombreuses et si délicates, soit de nullité, soit d'annulabilité ou de rescision, soit de résolution de la vente ; 5° enfin à la preuve de la vente, c'est-à-dire à l'application des règles posées par la loi pour la preuve en général.

Ajoutons à cet aperçu que la thèse de M. Georges Genreau se termine par quelques observations sur l'*Échange*, c'est-à-dire sur un contrat qui dans l'ordre du temps et des progrès a précédé la vente et l'a en quelque sorte inspirée, tellement que le jeune auteur a pu répéter de la vente qu'elle n'est elle-même qu'un échange perfectionné, et l'on aura sur la thèse remarquable que nous analysons ici, et sur le champ étendu qu'elle embrasse des idées à peu près exactes.

Mais l'on ne saurait sans s'y reporter avoir une idée complète du travail qu'elle a dû occasionner. Quelque connu qu'il soit, le contrat de vente a donné naissance à des questions innombrables; et quelque répandu que soit l'usage de ce contrat, ces questions, en grand nombre du moins, sont encore indécises et livrées à la controverse des auteurs et des arrêts. Forcé de s'astreindre aux nécessités d'une thèse, M. Georges Genreau n'a pas donné, on le comprend bien, à chacune de ces questions le développement qu'elle comporte; mais il n'en a dissimulé aucune : il les a abordées toutes avec fermeté et résolution, et souvent, dans cette ligne unique qu'il a consacrée à résumer et à résoudre une difficulté sérieuse, le lecteur attentif suit le travail de l'auteur et reconnaît le cachet du jurisconsulte.

M. Georges Genreau est, avant tout, sérieux et réfléchi : il est par conséquent indépendant. Entre autres preuves que nous en pourrions donner, nous prenons la difficulté qui se présente, dans les promesses unilatérales de vente, de savoir si la translation de propriété a lieu à partir du jour où l'acheteur a obtenu l'attribution de la chose, ou si elle rétroagit au jour de la promesse. La plupart des auteurs, et parmi eux les plus éminents, sont à cet égard d'avis que la translation de propriété n'a pas ici d'effet rétroactif, parce que la promesse unilatérale de vente ne serait pas un contrat et n'entraînerait pour le vendeur qu'une obligation de fait : ainsi pensent notamment MM. Troplong, Duvergier et Marcadé. Mais, dit M. Genreau, ces raisons sont peu convaincantes. « La promesse de vente constitue un contrat unilatéral subordonné à la condition suspensive que le créancier se portera acheteur; dès que cette condition se réalise, elle emporte rétroactivement pour ce créancier droit à la livraison de la chose, et par conséquent attribution de la propriété (art. 1138). Donc en principe, et sauf interprétation de la véritable intention des parties, qui doit être suivie avant tout, la translation de

Digitized by Google

propriété rétroagit au jour de la promesse; les droits réels postérieurement consentis par le promettant sont résolus, les droits réels consentis par le créancier sont validés. » Cette opinion de M. Genreau est-elle la meilleure? Nous ne nous proposerons pas, quant à présent, de l'examiner; tout ce que nous voulons conclure de la citation, c'est que l'auteur ne veut pas accepter à l'aveugle la parole du maître et qu'en homme d'étude et d'examen, il veut être convaincu par la raison et ne se laisse pas entraîner par l'autorité des noms.

Cette indépendance est une qualité précieuse, et nous nous plaisons à constater que M. Genreau en a fait preuve, à toute occasion, dans le cours de son importante dissertation. Nous ne voudrions pas dire, cependant, qu'elle l'a bien servi en toutes circonstances, et que les opinions auxquelles il s'est arrêté en définitive soient toujours à l'abri de la critique. Ainsi, sans parler ici de la théorie de l'auteur sur l'aliénabilité en principe de la dot mobilière, théorie sur laquelle nous aurons à nous expliquer prochainement dans cette *Revue*, nous citerons la doctrine suivant laquelle l'incapacité spéciale d'acheter qui atteint les tuteurs à l'égard de leurs pupilles devrait être étendue aux subrogés tuteurs pour les ventes volontaires. Cette solution intermédiaire entre deux opinions absolues, en ce sens qu'elle distingue entre les ventes volontaires et les ventes forcées pour ne laisser la capacité au subrogé tuteur qu'à l'égard des secondes, a pour elle l'appui de MM. Delvincourt, Troplong, Rolland de Villargues et Bioche. Mais a-t-elle également l'appui de la logique et de la raison? Nous ne le pensons pas. La position du subrogé tuteur diffère d'une manière assez notable de celle du tuteur pour qu'on ne doive pas étendre au premier la disposition prohibitive établie contre le second tant par l'article 450 que par l'article 1596, § 1, du Code Napoléon. En outre, si le § 1 de ce dernier article est inapplicable au subrogé tuteur, on ne saurait lui appliquer davantage le § 2 du même article, d'après lequel les *mandataires* ne peuvent se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre, *puisque*, à l'égard des mineurs, le mandataire chargé de la vente est *réellement le* tuteur et que le subrogé tuteur n'est pas autre chose qu'un surveillant. On doit conclure de là que nulle incapacité n'atteint le subrogé tuteur; cela ressort avec évidence de la discussion qui précéda la loi de 1841 à la Chambre de pairs (*V.* Chauveau sur Carré, t. V, p. 47), et, en effet, dès que la question s'est produite devant la Cour suprême, cette Cour s'est prononcée sans hésitation pour la capacité pleine et entière du subrogé tuteur, prenant ainsi partie pour l'opinion absolue d'après laquelle, sans distinction aucune entre les ventes volontaires et les ventes forcées, le subrogé tuteur est libre d'acquérir les biens du mineur.

Mais qu'importe que sur ce point comme sur quelques autres M. Genreau émette des opinions qui ne doivent pas être suivies? L'essentiel en droit c'est que les principes soient posés avec rectitude, avec méthode et avec précision. Les controverses se trouvent par là même éclairées, et l'inexactitude dans la solution d'une question débattue est sans danger, dès qu'à côté le lecteur trouve la règle à l'aide de laquelle il peut rétablir la vérité.

Or M. Georges Genreau excelle, à notre avis, dans la manière de poser le principe. Il est net et précis; il comprend et il fait comprendre; il pense et il dit bien. A ces titres divers, sa théorie de la vente méritait d'être signalée. Lauréat de l'École, dans les concours généraux, M. Genreau vient d'ajouter, par son travail, un fleuron à sa couronne. Mais, il ne doit pas l'oublier : ses succès même l'obligent. Et pour notre part, nous sommes convaincu que le jeune écrivain réalisera dans l'avenir toutes les promesses du présent.

P. PONT.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés dans les Recueils de Janvier 1853.

PAR M. COIN-DELISLE,
Avocat à la Cour impériale de Paris.

(Premier article.)

SOMMAIRE.

1. *Société commerciale; contre-lettre.* — L'un des associés, même en nom collectif, ne peut poursuivre celui avec qui les actes authentiques démontrent son association, si des écrits tenus secrets prouvent que l'associé nominal prêtait son nom à un tiers du consentement de l'autre partie.
2. *Preuves d'une prorogation de police d'assurance.* — Penchant des magistrats à décider dans les motifs des questions superflues. — Si l'écriture est nécessaire à la constitution des sociétés de commerce. — Réflexions sur l'inutilité de la question dans la pratique.
3. *Commis voyageur; rupture du contrat.* — Si la dette des dommages-intérêts envers le maître est commerciale, et si la contrainte par corps est civile ou commerciale.
4. *Subrogé-tuteur.* — S'il peut acquérir l'immeuble du pupille.
5. *Observations sur la synonymie des mots* garder minute, ne pas *se* dessaisir *de la minute.* — Différence du *brevet* et de la *minute.*
6. *Si le sourd est incapable de testament public.* — Encore un exemple du penchant à décider sans nécessité des questions de principe dans les motifs. — Différence entre les *incapacités* et les *impossibilités.* — Précautions à prendre pour que le testament public fait par le sourd soit valable.
7. Dissentiment entre la Cour de Caen et la Cour de cassation sur la question de savoir si *le légataire universel* institué par testament olographe peut être tenu *de faire vérifier* le testament olographe, quoique envoyé en possession par ordonnance du président.

1. — Rejet, 20 décembre 1852 (*Dev.*, 53, 1, 27). — On court toujours des dangers à prêter son nom; mais s'il reste des monuments de ce fait, celui qui a effectivement contracté avec l'un ne peut exercer de droits contre le prête-nom, qu'il a su n'avoir contracté qu'en apparence : c'est la doctrine de l'article 1321 du Code Napoléon.

En matière de société commerciale, l'intérêt particulier a cher-

Digitized by Google

ché à l'obscurcir. *Denis* avait contracté en 1827 une société apparente en nom collectif avec *Paul ;* mais dans la vérité, il la contractait avec *Pierre ;* elle dura peu de temps et fut dissoute, ainsi qu'elle avait été contractée, sous les noms de *Denis* et de *Paul*. Dix-huit ans plus tard, *Denis* osa demander contre *Paul* la liquidation de cette société commerciale. La correspondance de *Denis* prouvait qu'il n'avait contracté qu'avec *Pierre*, et la Cour de Paris avait par ce moyen de fait repoussé l'action de *Denis* contre *Paul*, par infirmation d'un jugement du tribunal de commerce de Paris.

Mais *Denis* invoquait comme étant d'ordre public les règles de publication des sociétés commerciales; l'admission de son pourvoi donna lieu à la Chambre civile de déclarer que l'article 1321 du Code Napoléon était applicable aux sociétés commerciales, alors même qu'elles avaient été publiées.

Cette décision est sûre : on abuse un peu trop des mots : « *à peine de nullité à l'égard des intéressés* » qui terminent l'article 42 du Code de commerce. Ils ne signifient pas que ce qui est contraire à l'acte de société ne doit pas s'exécuter entre les parties; mais ils signifient seulement que l'une d'elles peut rompre le contrat de société pour l'avenir, en demeurant *intéressée* pour le passé; et ce mot « *intéressés* » est d'une justesse extrême : il a toujours indiqué ceux qui prennent part dans une opération qu'ils ne sont pas chargés de conduire, et modifie ainsi ce qu'a de trop dur l'incise « *à peine de nullité.* » Je trouverai plus tard l'occasion de développer cette théorie.

2. — Cassation, 19 juillet 1852 (*Dev.*, 53, 1, 33). — La question principale que tranche cet arrêt se borne à savoir si la prorogation d'une police d'assurance mutuelle peut être prouvée par un commencement de preuve par écrit, complété par des présomptions graves, précises et concordantes énumérées par le juge du fait qui les a appréciées : elle est décidée par l'affirmative comme constituant l'exception faite à l'article 1341 du Code Napoléon par les articles 1347 et 1353.

Là-dessus, aucune observation : rien de plus juridique.

Mais on ne peut s'empêcher de remarquer la pente qu'ont naturellement les magistrats à décider des questions étrangères au procès, même quand ils résistent au désir de les examiner.

Deux questions se présentaient : les compagnies d'assurances mutuelles sont-elles de véritables sociétés? les prorogations de

Digitized by Google

société peuvent-elles se prouver autrement que par un acte écrit? La Cour de cassation écarte la première question comme inutile; puis elle établit que les articles 1834 et 1866 du Code Napoléon, qui prescrivent l'écriture pour preuve des sociétés civiles et de leur prorogation, sont soumis à l'exception du commencement de preuve par écrit, et par suite, d'un complément de preuve par témoins ou par présomptions comme les autres contrats : or, si les assurances mutuelles ne sont pas des sociétés, à quoi bon examiner si les sociétés sont ou ne sont pas sujettes à des prorogations écrites?

Au surplus, en supposant trop d'étendue dans la solution de l'arrêt, MM. Devilleneuve et Carette ont enrichi leur recueil d'une excellente note sur le mode de preuve d'une société et de sa prorogation.

Je n'y regrette qu'une proposition trop absolue : « qu'en matière commerciale, un acte écrit est nécessaire pour la constitution des sociétés. » C'est là une question qui divise les jurisconsultes (de nos jours, M. Troplong et M. Delangle) : on ne devrait donc pas la résoudre par une simple affirmation.

Peut-être même cette question si grave en théorie est-elle à peu près indifférente dans la pratique. En effet, accordons que l'existence des trois grandes espèces de sociétés commerciales, anonymes, collectives, et en commandite, dépende seulement de l'écriture, comme la durée et le maintien des sociétés en nom collectif ou en commandite dépend de leur publication; il faudra confesser que jusqu'au jour de la signature de l'acte, il n'y aura eu ni société en nom collectif, ni société en commandite, ni société anonyme. Supposons maintenant que, sur la foi commune, il y ait eu des dépenses, des recettes, des opérations de commerce, et qu'il existe des documents écrits formant commencement de preuve des conventions sociales, dans quel état se seront trouvées les parties qui n'ont pas dressé par écrit leur acte de société? Elles se seront trouvées, par le fait même, dans l'état *d'association* commerciale en *participation*, prévu et réglé par les articles 47 à 50 du Code de commerce. Or, comme une société en nom collectif formée sans écrit ne peut se maintenir comme société en nom collectif, même quand elle aurait duré longtemps, ce ne sera pas une société en nom collectif qu'on demandera à prouver; on demandera à faire preuve par les livres, par la correspondance, par tout commencement de preuve par écrit, et

Digitized by Google

par témoins pour compléter la preuve, que, dans l'attente d'une société en nom collectif, telles personnes ont été de fait en participation générale de leurs opérations de commerce depuis une époque déterminée jusqu'au jour de la demande : donc, ce n'est dans ce cas ou autre semblable ni la société en nom collectif, ni la société en commandite, ni la société anonyme dont on veut faire preuve : on demande à prouver seulement, qu'en attendant que ces sociétés fussent légalement formées, il a existé une association en participation produisant temporairement des effets semblables au contrat qu'on voulait former pour un temps plus long; et l'on ne pourrait opposer au mode de preuve de ces associations de fait, les articles 39, 40 et 41, dont l'inobservation comme celle de l'article 42 n'a d'autre effet que de permettre à la partie de se dispenser d'exécuter sa promesse à l'avenir : donc aussi, par une conséquence ultérieure, la théorie qui proscrirait le commencement de preuve écrite et son complément par témoins ou par présomptions, ne trouverait d'application que pour le cas où l'une des parties voudrait contraindre l'autre à réaliser la société pour l'avenir, ce que nous reconnaissons tous ne pouvoir pas être. En un mot, la question théorique est sans importance d'application, puisque, s'il ne m'est pas permis de prouver sans écrit l'existence de la société pour la faire valoir à l'avenir, il m'est permis du moins de prouver par tout genre de preuve, même par la délation du serment à l'adversaire, que nos intérêts ont été confondus dans telle mesure et pendant tel temps déterminé en attendant l'acte écrit qui devait se faire, et que, cette preuve faite, le temps intermédiaire doit se régler par les conventions sous un nom différent, sous le nom de participation.

3. — MONTPELLIER, 24 JANVIER 1851 (*P. t. Ier de* 1853, *p.* 119).— Le commis voyageur à l'année qui, au lieu d'effectuer sa tournée, a rompu brusquement et sans motif le contrat de louage, est, sur la demande du négociant auquel il est attaché, justiciable du tribunal de commerce; mais il n'est pas atteint par la contrainte par corps commerciale pour les dommages-intérêts.

On cite de graves autorités pour le décider ainsi.

Je n'en crois pas moins la décision inexacte, 1° *sous le rapport de la compétence*, si la rupture du contrat de louage n'est pas un fait du trafic du négociant; 2° et *sous le rapport de la contrainte par corps*, si l'on juge qu'il s'agit du commerce du maître.

Pas de doute sur la compétence des tribunaux de commerce

Digitized by Google

pour juger des actions des marchands contre leurs propres commis, préposés et facteurs, POUR LE FAIT SEULEMENT *du commerce du marchand auquel ils sont attachés* (C. com., art. 634, § 2). Voilà certes une loi limitative. Les commis ne sont pas encore marchands ; ils ne peuvent être justiciables d'un tribunal d'exception (du tribunal de commerce) qu'en vertu d'un texte : ce texte est l'article 634; il ne se borne pas aux tiers ; il donne l'action aux maîtres de maisons de commerce, puisqu'il ne distingue pas entre les demandeurs; mais, soit en faveur du maître, soit en faveur des tiers, il ne donne l'action consulaire que pour un seul cas : « pour fait *seulement* du commerce des marchands de qui dépend le commis : » or, le commis qui les quitte brusquement est-il cité devant le juge *pour fait de leur commerce?* On peut certes répondre que non; pas plus que le commis qui serait convenu d'entrer chez un maître, et qui refuserait ensuite de commencer son travail. Il est attaché au marchand par le contrat aussi fortement que celui qui est chez lui depuis six mois; et personne ne sera tenté, en présence de l'article 634 § 2, de le faire citer devant le tribunal de commerce.

Que le maître ait l'action commerciale contre son commis qui a fait des achats ou des ventes imprudentes, qui a outrepassé son mandat, mal géré, détourné, mal exécuté, etc., etc.; rien n'est plus clair d'après le texte : il a mal fait les actes commerciaux dont le maître l'avait chargé; il est cité *pour fait du commerce.*

Mais s'agit-il de savoir s'il est valablement engagé; de savoir s'il avait le droit de rompre le contrat de louage d'industrie qui l'attachait au maître; de savoir s'il peut refuser d'exécuter le contrat de louage après son engagement : dans tous ces cas, il n'y a plus *fait du commerce du marchand* auquel le commis est attaché; il y a appréciation à faire du contrat de louage de la personne et de ses effets sur la personne. Le bien du commerce peut exiger que la gestion et l'administration du serviteur commercial soient jugées commercialement, et le serviteur commercial sait par l'article 634 qu'il est soumis au tribunal de commerce pour tous les faits qui sont du commerce du maître; mais quant à sa volonté d'entretenir ou de rompre le contrat, quant au montant du traitement qui lui est dû, quant à la durée de l'engagement, il sait, par le même article 634, que rien de cela n'est soumis au tribunal de commerce : donc les tribunaux civils sont

Digitized by Google

seuls compétents. Autrement, vous donnez à un tribunal composé de marchands seulement, le droit de statuer sur les intérêts privés des subordonnés des marchands. Il est juste qu'ils aient recours à la juridiction ordinaire.

Tel est le droit; telle n'est pas la jurisprudence. La juridiction commerciale est envahissante; pas de ministère public pour arrêter ses empiétements; elle s'exerce souvent sur de faibles sommes; et quand ses envahissements sont attaqués devant les Cours souveraines pour un intérêt minime et qu'au fond le tribunal de commerce a sainement jugé, l'équité vient plaider contre le droit; les magistrats supérieurs reculent devant la nécessité de condamner celui qui a porté de bonne foi son action devant un tribunal où tous ses confrères la portent en pareil cas; ils reculent devant l'idée de faire supporter à celui qui a droit au fond les frais d'instance et d'appel, souvent trois fois plus forts que l'intérêt du procès; ils craignent d'éveiller l'esprit de chicane parmi les subordonnés des commerçants; et les motifs des arrêts ne passent pas tous dans la rédaction.

Hic notandus est error pragmaticorum. L'arrêt de Montpellier me paraît contraire au droit en ce qu'il a confirmé le jugement sur la compétence; mais il a satisfait à l'équité en déclarant que la dette du commis était une dette civile, et que la contrainte par corps ne pouvant y être attachée qu'aux termes de l'article 126 du Code de procédure civile, elle disparaissait parce que le dommage n'excédait pas 300 francs.

La Cour se trouvait dans cet embarras qu'elle ne pouvait pas prononcer l'incompétence et évoquer le fond. L'affaire était, pour le tribunal premier saisi, de premier et dernier ressort; et l'incompétence une fois prononcée, la Cour n'avait pas le droit de statuer sur une demande au-dessous de 1500 francs.

Je passe à la seconde partie de l'arrêt. Je l'ai déclarée équitable dans l'espèce; je la déclare en même temps dangereuse dans ses conséquences.

La Cour a dit: « que le contrat par lequel un commis loue ses « services à un marchand n'est point, en ce qui concerne le com- « mis, un engagement commercial. » C'est vrai. Elle a ajouté, « que « les dommages-intérêts pour l'inexécution de la part du com- « mis ne présentent nullement le caractère d'une dette commer- « ciale. » — Je le confesse, puisque j'attribue l'action en paiement de cette dette au tribunal civil.

Digitized by Google

Elle a dit enfin, « la contrainte par corps dérive, non de la « juridiction, mais de la nature de la dette. » — Ce qui paraît exact, sauf à définir ce que c'est qu'une dette commerciale, dans le sens de l'article 1er de la loi du 17 avril 1832.

Mais le caissier qui aura manqué à surveiller sa caisse ; mais le commis à la vente, qui n'aura pas pris les précautions nécessaires ou d'usage avant de faire des livraisons à crédit ; mais le commis voyageur, qui aura demandé d'expédier à un correspondant une nature de marchandises pour une autre, mais le gérant d'un comptoir qui rendra ses comptes, viendront dire au marchand qui les emploie : « Nous sommes justement traduits devant le « tribunal de commerce, parce que le fait qui motive l'action « est fait du commerce du marchand auquel nous sommes at- « tachés ; mais nous ne sommes soumis à la contrainte par corps « que si la loi civile la prononce, et non à la contrainte par corps « commerciale : car notre dette envers vous n'est pas une dette de « commerçant à commerçant ; c'est une dette de commis. Nous « n'avons pas non plus fait d'acte de commerce à votre égard, « car nous n'avons rien fait en notre nom ; nous n'avons agi que « dans le vôtre. Le tribunal de commerce peut être compétent ; « mais nous ne sommes devant le tribunal de commerce soumis « qu'à la loi civile, qui seule peut, à notre égard, régir le *par* « *corps*. »

Je conviens qu'avant la loi du 17 avril 1832, une *dette commerciale* n'était jamais que celle contractée pour son commerce par un commerçant envers un autre commerçant, ou celle contractée par toute personne en faisant un acte de commerce quelconque avec toute autre personne. Aujourd'hui la définition doit être plus étendue, car la définition des mots change avec les lois : c'est ainsi que *la vente* en droit français n'est pas la même chose que *la vente* en droit romain. Or, avant la loi de 1832, la contrainte par corps était réglée par la loi du 15 germinal an VI, et les actes de commerce étaient déterminés par le Code de commerce de 1808. De là, des difficultés sur la concordance des deux lois. Elles s'étaient aplanies par la jurisprudence ; mais on pouvait tous les jours les réveiller. La loi de 1832 a été écrite, ainsi que le prouve la discussion de cette loi, dans l'intention manifeste de mettre en harmonie le système de la contrainte par corps avec le système de la juridiction commerciale. Ainsi on doit entendre aujourd'hui les mots *dettes commerciales*, dans le sens de l'ar-

Digitized by Google

ticle 1er de la loi du 17 avril 1832, de toutes dettes contractées dans l'un des cas prévus par les articles 631, 632, 633, et 634 du Code de commerce, et cela avec d'autant plus de certitude, que cet article 1er annonce des exceptions à la contrainte par corps pour dettes commerciales énumérées dans les articles 2, 3 et 4 de la même loi, et que ces exceptions ne tombent en rien sur l'article 634 du Code de commerce. Donc, la loi de 1832 a mis au rang des dettes commerciales, les dettes contractées par les préposés commerciaux envers leurs maîtres, pour le fait du commerce des maîtres; il déclare la gestion des commis, acte de commerce; quoique le commis ne soit pas marchand : ces dettes donnent donc lieu à la contrainte par corps commerciale, et l'arrêt de Montpellier est dangereux en ce qu'il conduirait tout droit à une conclusion contraire.

4. — Cassation, 21 décembre 1852 (*Dev.*, 53. 1. 14. — *P. t. Ier, p.* 297).

Voilà un arrêt important, en ce qu'il juge une question controversée et qui pourtant ne devrait pas l'être. *Le subrogé-tuteur est* capable *de se porter adjudicataire des biens immeubles du mineur, vendus sur licitation.* En effet, la capacité est de droit commun; sont capables tous ceux que la loi ne déclare pas incapables : donc la prohibition faite, sous peine de nullité, au tuteur d'acheter les biens du pupille, ou de s'en rendre adjudicataire aux termes des articles 450 et 1596 du Code Napoléon, ne s'étend pas au subrogé-tuteur.

Jusqu'à présent, la Cour de cassation avait évité de juger la question.

Cette question s'était présentée lors d'un arrêt du 4 mai 1825 (S. 26, 1, 199). Girod, subrogé-tuteur, avait acquis les droits du sieur Ravet, sur des immeubles vendus à réméré par le père des pupilles. Depuis, l'époque du rachat étant passée, il refusa les offres de la tutrice pour faire rentrer les enfants dans les biens : la Cour de Lyon admit l'action de la mère pour deux motifs. 1° parce qu'il était prouvé en fait, que Girod avait acquis les droits de Ravet, d'accord avec la tutrice et dans le seul intérêt des mineurs; 2° parce que le subrogé-tuteur étant incapable d'acquérir les droits des mineurs, c'était à ceux-ci que la cession devait profiter..... La Cour régulatrice trouvant le moyen de fait suffisant pour maintenir l'arrêt, jugea inutile d'examiner la question concernant la capacité ou l'incapacité des subrogés-tuteurs.

Digitized by Google

La question s'est présentée encore, lors d'un arrêt de la Chambre civile du 21 décembre 1836 (S. 37, 1, 14); mais il s'agissait au fond d'une vente d'immeubles pupillaires faite au subrogé-tuteur par le tuteur, sans les formalités exigées par la loi, à des conditions telles que la lésion fut déclarée évidente par les juges du fait. C'était là un motif suffisant de rejet, et la Cour de cassation n'eut pas encore à s'occuper de la question de capacité.

Les Cours d'appel se sont divisées sur la question. La Cour de Lyon, comme on vient de le dire dans l'affaire Girod, avait regardé le subrogé-tuteur comme incapable d'acquérir *pour soi*, même des droits éventuels appartenant à un mineur; ainsi l'ont pensé la Cour de Riom, par arrêt du 25 février 1843 (S. 43, 2, 218) et la Cour de Toulouse, par l'arrêt du 17 mai 1850 (S. 50, 2, 504) qui vient d'être cassé. Ces deux arrêts ont été l'un et l'autre rendus dans l'espèce d'adjudication sur licitation.

Au contraire, la Cour de Riom, dans l'espèce sur laquelle est intervenu l'arrêt de rejet du 21 décembre 1836 (S. 37, 1, 116) avait dit : « qu'en règle générale, il n'y avait pas en la personne des subrogés-tuteurs l'incapacité prononcée contre les tuteurs, de devenir adjudicataires des biens des mineurs ou de traiter de leurs droits. » De même la Cour de Bordeaux, a déclaré valable la vente faite par le tuteur ou le subrogé-tuteur, d'un office de notaire, parce qu'il ne s'élevait aucun soupçon de connivence, et que le prix fixé de gré à gré était juste en raison de l'état de la chose cédée au temps de la vente.

Même dissidence entre les auteurs que les recueils ont exactement cités.

L'arrêt dont nous parlons s'est attaché à la loi, comme à une ancre de salut; et c'est effectivement la seule qu'on puisse saisir dans les questions de capacité.

Toute la question est là : le subrogé-tuteur est-il un tuteur ou un mandataire chargé de vendre les biens?

Il n'est tuteur que temporairement et dans les cas où les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux du tuteur; dans une licitation, il n'est pas tuteur; il n'est pas même mandataire chargé de vendre, puisque cette mission pèse tout entière sur le tuteur.

« Il est surveillant du tuteur, dit-on, d'abord par le devoir général de son office, et spécialement parce que la vente doit se faire *en sa présence :* il est donc chargé lui-même de vendre les biens,

Digitized by Google

autrement vous le constituez adversaire du mineur, et vous enlevez à celui-ci la double garantie que lui assure la loi, d'un tuteur qui agit et d'un subrogé-tuteur qui surveille. »

Nous répondrons : 1° De ce que la vente se fait *en sa présence* et de ce qu'il est chargé de surveiller le tuteur, mandataire légal, on n'en peut logiquement conclure ni que le subrogé-tuteur soit *chargé* de vendre, ni surtout qu'il soit mandataire chargé de vendre. Son mandat se borne à veiller à ce que le tuteur remplisse ses devoirs.

2° On exagère quand on voit dans les enchérisseurs des adversaires du mineur. La loi, pour des raisons graves, écarte des enchères ceux qui ont mandat de vendre : mais plus elle écartera de personnes, moins les enchères monteront : il ne faut donc pas en éloigner le subrogé-tuteur, plus que les membres du conseil de famille, qui auront autorisé une vente pour le paiement des dettes, peut-être avec l'arrière-pensée, chez l'un d'eux, de devenir acquéreur.

3° Il y a toujours un fonctionnaire qui agit et un fonctionnaire qui surveille jusqu'à l'instant de l'adjudication : car, pendant la chaleur des enchères, le subrogé-tuteur qui couvre la dernière enchère continue sa surveillance plus utilement pour le mineur, que s'il restait témoin passif de la lutte.

« On demande comment il satisfera à la loi, qui veut que la signification du jugement d'adjudication soit faite au subrogé-tuteur. »

La réponse est simple. Il y satisfera en faisant nommer un subrogé-tuteur *ad hoc*, pour recevoir cette signification, même pour convoquer le conseil de famille, et examiner si toutes les formalités ont été observées et s'il est de l'intérêt du mineur d'en interjeter appel : car, j'avoue que le subrogé-tuteur cesse de l'être *quant à l'objet adjugé*, du moment de l'adjudication. Car, dès cet instant, il est en opposition d'intérêt pour cet objet avec le pupille.

« On ajoute que le curateur du mineur émancipé et le conseil judiciaire du prodigue ne peuvent acheter les biens du mineur ou du prodigue, parce qu'ils doivent être présents à la vente. »

Il y a confusion dans cette comparaison : la capacité du mineur et du prodigue est incomplète : elle n'existe que par le concours du curateur ou du conseil : ceux-ci ne sont pas seulement *présents* à la vente comme surveillants du mandataire légal;

Digitized by Google

ils sont eux-mêmes *parties* à la vente, puisque seul, le prodigue ou l'émancipé *ne pourrait* judiciairement *être partie capable;* ils sont donc mandataires de justice chargés de vendre, et tombent sous la définition du 2e § de l'article 1596, et non sous celle du § 1.

Ainsi, retenons bien que *l'assistance* pour compléter la capacité, pour habiliter celui que la loi déclare inhabile, fait de celui qui l'exerce, curateur, conseil, ou mari, *une portion* de la personne civile de l'assisté... Qu'en conséquence, celui qui assiste le prodigue, l'émancipé ou la femme, est non-seulement mandataire légal ou par justice, mais est véritablement vendeur, non en son nom personnel, mais en sa qualité; or, cela serait faux en ce qui concerne le subrogé-tuteur.

Et ainsi s'évanouit l'application erronée qui se fait en cette matière de la loi 34, § 7, ff. *de Cont. empt.* Le Code a agi par énumération; il ne faut pas aller au delà. D'ailleurs les termes en sont tellement compréhensifs qu'ils renferment toutes les personnes chargées du mandat de vendre : ne créons donc pas des incapacités arbitraires contre ceux qui n'ont d'autre devoir que de surveiller le mandataire.

5. — Cassation, 6 décembre 1852 (*Dev.*, 53, 1, 30). — Voilà un arrêt sur une espèce singulière. Avec une nuance dans l'affaire, la Cour de cassation aurait sans doute rejeté au lieu de casser.

Ce n'est pas que la rédaction de l'arrêt soit tout à fait irréprochable : il y a une phrase où l'ordre des idées nous paraît interverti. Ceci est bien sévère : mais le respectable rédacteur pardonnera à l'auteur de cet article : les arrêts de la Cour de cassation sont d'un si grand poids que la moindre proposition équivoque doit en être signalée.

Il le faut surtout, quand il s'agit de la signification des termes de droit : or, il me paraît que le rédacteur de l'arrêt a un peu subi l'influence du *Mémoire ampliatif*, quand, après avoir dit avec toute raison que de l'article 22 de la loi du notariat résultait pour les notaires la défense de se dessaisir de leurs minutes, il ajoute que de cet article seul résulte l'obligation d'en conserver le dépôt. Pour moi, j'ai le malheur de penser que l'article 20, qui ordonne de *garder* minute, ordonne en même temps de la *retenir*.

Je serai forcé ici d'entrer dans le fait plus que de coutume ; mais c'est nécessaire pour être compris, et pour bien faire entendre que l'arrêt qui casse est irréprochable dans sa décision.

Digitized by Google

Une femme, la dame Blasini, s'était mariée en 1814 sous le régime dotal. En 1845, elle vendit un immeuble comme libre ; en 1848, elle se fit séparer de biens et prétendit revendiquer comme dotal l'immeuble vendu. On rechercha vainement, chez le notaire qu'elle indiquait, la minute de 1814 : elle ne figurait pas sur le répertoire ; les registres de l'enregistrement n'en portaient nulle trace ; mais on découvrit en 1849 le contrat de mariage au nombre des minutes, et on la soumit à l'enregistrement.

Cette minute avait-elle été remise à la femme Blasini à l'époque de sa date primitive? voilà le fait capital; mais l'arrêt de la Cour de Bastia le laisse dans le doute : tout ce qu'il constate, c'est que de l'enquête résulte que les recherches antérieures à 1849 ont été infructueuses, et que ni les registres du receveur, ni le répertoire, ni l'état des minutes lors de la transmission de l'office, n'avaient fait mention de cet acte. En conséquence, la Cour de Bastia a annulé l'acte, en tant que contrat notarié, en se fondant sur les articles combinés 20, 22 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI.

Certes, la pensée dominante de l'arrêt de Bastia était que le notaire rédacteur avait remis la minute à la femme Blasini au temps de sa confection; mais les juges n'en avaient pas la preuve judiciaire : ils n'ont pas converti des présomptions en preuve et ont fait leur devoir.

Ils ont pensé aussi que la minute avait été remise par le notaire aux époux Blasini; mais il y avait incertitude, et ils ont encore rempli noblement leur devoir en ne le disant pas. En effet, il y a tant de personnes tierces à qui l'on peut confier un acte dont la présence est dangereuse, qu'à défaut de preuves certaines, les magistrats ont eu raison de ne pas convertir la vraisemblance de leurs soupçons en vérité judiciaire.

Ils ont considéré : 1° que l'article 20 ordonnait aux notaires *de garder minute* des actes que la loi ne les autorisait pas *à délivrer* en brevets ; 2° que l'article 22, qui leur défendait de *se dessaisir* des minutes dans d'autres cas que ceux prévus par la loi, et avec certaines précautions pour remédier à l'absence des minutes, était une conséquence de l'obligation de garder minute (et en cela, quelque induction contraire qu'on puisse tirer de l'arrêt de cassation, ils ont eu raison); et 3° que, par conséquent, le notaire qui avait gardé la minute pendant quelque temps, et qui s'en dessaisissait ensuite, malgré la loi, annulait, en

Digitized by Google

vertu de l'article 68, l'acte parfait et valable jusque-là (et, en cela, ils ont eu tort et ont créé une nullité que l'article 68 ne prononce que pour l'inobservation de l'article 20, et non pour l'inobservation de l'article 22).

La Cour de cassation a donc justement cassé : il n'était pas prouvé que le notaire *n'eût pas gardé* minute; il y avait seulement certitude qu'*il l'avait mal gardée*, et que la garde avait été interrompue pendant un temps; mais le dessaisissement temporaire, dont le point de départ n'était pas fixé, n'empêchait pas au temps de l'acte la possibilité du fait notarial d'avoir gardé minute, ordonné par l'article 20.

La seule erreur de l'arrêt est dans la rédaction, qui attribue uniquement à l'article 28 la force d'ordonner au notaire de *conserver* la minute; et cette rédaction a été elle-même entraînée par ce passage du *Mémoire ampliatif*, conservé dans les recueils : « *Par les expressions de l'article* 20, GARDER MINUTE, la loi n'entend « pas dire que le notaire est tenu de CONSERVER la minute de « l'acte; elle a entendu dire que le notaire était tenu de FAIRE « ou RÉDIGER la minute du contrat, par opposition aux actes en « brevet dont on ne fait pas la minute ! »

En vérité, ce n'est pas là une addition heureuse au titre du Digeste : *De verborum significatione.*

Nous ne perdrons pas le temps à prouver que *garder* ne signifie pas *faire* ni *rédiger;* que *gardes-notes* n'a jamais indiqué la rédaction des notes, mais les fonctions de ceux qui les retiennent pour les communiquer ; que les notaires sont, dès le moment de la signature d'une minute, *gardiens* de la minute; ni à prouver, d'un autre côté, que le brevet se fait et se rédige par le notaire comme la minute.

Garder minute, signifie la *retenir*, la *prendre en garde*, pour la *conserver comme séquestre* légal. On ne peut pas disputer là-dessus.

La différence caractéristique entre la minute et le brevet consiste en ce que la minute est rédigée pour être retenue, gardée et conservée, et n'est communiquée aux parties qu'en expédition ; et que le brevet est rédigé pour être délivré et remis en la puissance de la partie qui le requiert.

Comme ce n'est pas le nom qui constitue l'essence des choses, la délivrance que ferait le notaire, aussitôt après l'accomplissement des formalités, de la minute d'un contrat de mariage ou

Digitized by Google

d'un contrat de donation, convertirait en brevet l'acte dressé et rédigé par lui : autrement, comment entendre ces mots de l'article 931 du Code civil : « et il en restera minute, à peine de nul-« lité ? » Si le notaire *délivre* la minute sans l'avoir placée dans son dépôt, il n'a, en fait comme en droit, délivré qu'un brevet. S'il la garde pendant quelque temps, il aura gardé temporairement ; et ce sera assez pour que le caractère de minute demeure acquis, et pour que le dessaisissement devienne le fait accidentel prévu par l'article 22 ; fait auquel n'est pas attaché la même nullité qu'à celui de n'avoir pas *ab initio* retenu et gardé minute.

Mais quoiqu'il soit bien important pour les tiers ou pour les parties, que le notaire *ne délivre pas* l'original de donation ou de contrat de mariage au donateur ou aux époux, ce qui les mettrait en état de se dire mariés sous le droit commun, ou de dénier la donation ; néanmoins, il faut faire observer ici combien est difficile la preuve que le notaire n'a pas rangé l'acte au nombre de ses minutes.

Si le notaire a qualifié dans sa rédaction l'acte de *brevet*, il prouve par là même *authentiquement* qu'il l'a rédigé pour être *délivré* en original à l'une des parties ; et, quand la délivrance n'aurait pas eu lieu et que l'acte se retrouverait chez le notaire, il ne deviendrait pas minute, et serait présumé y être resté par la négligence de la partie à le retirer.

Si la rédaction n'exprime pas que l'acte a été passé en brevet ou en minute, on sera admis à prouver par toutes les voies civiles, même par témoins, que le notaire l'a délivré à l'une des parties, aussitôt qu'il a été passé.

Mais si la qualification de minute s'y trouve, l'acte fera preuve authentique que le notaire l'a reçu pour le retenir et le garder ; et la délivrance instantanée sera un fait contraire au fait authentiquement prouvé par l'acte même que le notaire *le retient* en minute. Il ne restera plus que l'inscription de faux pour prouver la délivrance simultanée à la perfection de l'acte.

C'est parce que cette vérité a été sentie, que, devant les juges du fait, on a invoqué l'article 22, le dessaisissement postérieur à la perfection de l'acte étant effectivement contraire aux devoirs notariaux, mais n'étant pas cependant contraire aux énonciations faites par l'acte même. On sent par le récit des faits, que c'est parce que le notaire n'avait pas *ab initio* gardé cette minute, qu'elle n'a été ni enregistrée, ni répertoriée, ni classée, ni inven-

Digitized by Google

toriée lors de la transmission de l'office. Mais, si elle contenait qu'elle avait été *retenue* en minute, aucun de ces faits ne pouvait être allégué que pour soutenir l'inscription de faux, et l'inscription de faux n'a pas été prise. C'est là la vraie cause qui a vicié la procédure de l'acquéreur du bien dotal.

6. — MONTPELLIER, 1er DÉCEMBRE 1852 (*Dev.*, 53, 2, 7). — Voilà un arrêt dont les recueils font résulter que *le sourd ne peut faire un testament authentique*, parce qu'*il ne peut* en entendre la lecture, et qui consacrerait ainsi l'opinion émise par MM. Delvincourt, Grenier, Duranton, Poujol et Zachariæ.

Je conviens qu'il est possible de tirer cette conclusion de la première partie de l'arrêt, qui porte : « que les formalités sont de l'essence des testaments, et que, tolérer les équipollents dans les formalités, serait entrer dans une voie de relâchement qui conduirait aux plus graves abus. »

Mais, pour décider ce que juge un arrêt, il me paraît qu'on devrait en restreindre la portée à l'espèce même ; et tout ce que l'espèce présentait se bornait à cette question : « Quand un tes-« tateur est sourd au point de ne pas entendre la lecture du tes-« tament, il ne suffit pas qu'il prenne lecture de la minute *des* « *yeux et pour lui-même*, il faudrait qu'il eût pris cette lecture à « haute voix, en présence du notaire et des témoins. »

En fait, le sieur Raynal, complétement sourd, avait dicté son testament, et, sur la minute à lui mise en main par le notaire, il en prit lecture des yeux seulement, en présence des témoins auxquels le notaire en donna une seconde lecture, avant la signature du testateur et des témoins. Le tribunal d'Espalion déclara le testament valable. A la Cour, le jugement fut infirmé. Les premiers motifs supposent qu'un notaire ne peut recevoir dans la forme le testament d'un sourd ; mais un motif subsidiaire ajoute, qu'en admettant la doctrine des équipollents, la lecture du testament par le testateur ne serait pas une équipollence, puisqu'on ne trouve pas exprimé au testament, même implicitement, que Raynal ait lu le testament à haute voix.

Voilà donc la chose jugée : « Il n'y a pas lecture du testament au testateur en présence des témoins, quand le testateur lit tout bas ; » et cela est exact ; car ni notaire ni témoins ne peuvent attester, *propriis sensibus*, que le testateur a pris lecture entière et exacte de ce qui a été mis sous ses yeux ; ils ne peuvent attester que sa déclaration d'avoir pris lecture.

Digitized by Google

Il est encore jugé que la seconde lecture donnée par le notaire aux témoins était sans efficacité et sans portée à l'égard du testateur; ce qui est également vrai, puisque le testateur ne pouvait l'entendre.

Or, ces faits suffisant pour que la Cour ait établi en point de fait qu'il n'avait point été donné lecture du testament au testateur en présence de témoins, il suit qu'en droit la Cour a annulé justement, faute de mention expresse de l'accomplissement des formalités prescrites par le § 3 de l'article 972.

Quant à la doctrine posée dans la première partie des motifs, elle est si peu *chose jugée*, que, si un pareil arrêt donnait lieu à un pourvoi, et que la Cour régulatrice la trouvât fausse, elle serait forcée de rejeter le pourvoi, parce que les motifs subsidiaires suffiraient à maintenir l'arrêt.

Au surplus, bien que je professe qu'un testament ne vaut que par la solennité, je ne crois pas du tout que le sourd soit *incapable* du testament public, pourvu que le notaire, plaçant la minute sous les yeux du testateur, la lui fasse lire à haute voix en présence de témoins, et suive du regard les caractères pour s'assurer par lui-même de la fidélité de cette récitation. Ainsi, le sourd aura certainement du contenu une connaissance plus parfaite qu'une autre personne par l'audition, et les témoins auront entendu aussi pleinement que si la lecture eût été faite par le notaire.

En effet, aucune loi n'a dit que le notaire lirait lui-même. Seulement, il est tenu d'attester que la lecture a été faite. Quoi, s'il était indisposé, s'il ne pouvait parler, vous ne permettriez pas qu'il fît lire par un tiers ce qu'il aurait écrit, en suivant cette lecture pour en attester l'exactitude!

Donner lecture, ne veut pas dire que ce sera nécessairement le notaire qui fera lecture; car la phrase est impersonnelle : « *Il doit en être donné lecture.* » Donner est synonyme de *procurer, fournir, faire avoir.*

Je crois donc encore aujourd'hui, comme je l'ai écrit en 1840, comme M. Marcadé l'a écrit depuis, qu'il n'y a plus *d'incapacités* par suite de défauts physiques du testateur; qu'il n'y a que des impossibilités, et que si certains soins viennent à bout de vaincre l'impossibilité apparente, de manière à prouver légalement cette victoire, l'acte doit subsister. Autrement, il faudrait dire que jamais le sourd ne pourra passer un acte authen-

Digitized by Google

tique, à cause de l'impossibilité d'en entendre la lecture, fût-ce même un simple mandat.

7.—CAEN, 17 JANVIER 1853 (*Pal.*, *t.* Ier, *de* 1853, *p.* 15 *et suiv.*) — Deux arrêts de la Cour de Caen, l'un de la première chambre (aff. *Lecesne*), l'autre de la quatrième (aff. *Bain*), viennent de décider en principe que le légataire universel par testament olographe, quoique envoyé en possession par ordonnance du président, EST TENU de faire procéder à la vérification des écriture et signature du testament, si les héritiers du sang les dénient ou déclarent ne les pas reconnaître.

C'est là une opinion professée, il est vrai, par Merlin, au *Répertoire*, *mot Testament*, *sect. II*, § 4, *n.* 3 *et* 4; approuvée par Duvergier sur Toullier; appliquée par de nombreux arrêts des Cours d'appel de Metz, d'Aix, de Montpellier et de Caen; défendue avec énergie par M. Marcadé, non-seulement dans son ouvrage, t. IV, p. 102, mais dans trois articles de cette *Revue*, t. I, p. 277, et t. II, p. 331 et p. 707.

Mais aussi c'est une opinion proscrite par la Cour de cassation, non-seulement par ses anciens arrêts (arrêts des 28 décembre 1824 et 10 août 1825), mais même par arrêts récents (arrêts des 23 janvier 1850 et 21 juillet 1852); et beaucoup d'auteurs, en tête desquels se trouve Toullier, no 503, la rejettent avec raison.

Si l'opinion de la Cour de Caen triomphait, il ne faudrait pas en borner l'effet aux vérifications d'écriture imposées au légataire universel; il faudrait dans tous les cas, non-seulement dans la forme, mais au fond, considérer le légataire universel comme demandeur; le successible collatéral, comme défendeur. Je n'exagère pas. M. Marcadé, dont l'esprit est conséquent, n'a pris le cas de vérification des écritures que comme exemple. Écoutez comment il pose la question : « Quand les héritiers re-« connaissent que l'envoi en possession est prononcé dûment, « c'est-à-dire quand le testament ne présente aucune nullité « apparente, aucun vice de forme évident, ils peuvent toujours « attaquer ce testament pour TELLE OU TELLE AUTRE cause! » (Et ici, il prend pour exemple la prétention d'écriture étrangère.) Puis, revenant à sa proposition générale, *pour telle ou telle autre cause* : « Est-ce à l'héritier d'établir l'invalidité du testament? « Est-ce au légataire universel d'en prouver la validité? — C'est « au légataire universel à faire preuve de la validité; car, de « même que le plus proche parent ne devient propriétaire et

Digitized by Google

« possesseur légal, d'après l'article 724, que *sous la condition* de « sa parenté avec le défunt ; de même que le légataire universel « n'attend ce résultat, d'après l'article 1006, que *sous la condition* « d'un testament valable....., de même le légataire n'a la saisine « de l'article 1006, que s'il est vraiment légataire universel, c'est-« à-dire si le testament qui l'appelle est valable. Donc, c'est à lui « d'en prouver la validité (contre le parent qui, en prouvant « qu'il est le plus proche successible, doit jouir du bénéfice de « la saisine de l'article 724, et n'être que défendeur, quoique « demandeur en la forme). » *Sic ille.*

Pressez l'argument, et vous direz : « Une des conditions de validité des testaments authentiques et mystiques, est que les témoins qui y sont appelés soient Français, majeurs, jouissant des droits civils ; or, ces testaments ne portent pas en eux-mêmes la preuve de la qualité requise dans les témoins, et même aucune loi ne contraint le notaire à faire mention de ces qualités dans l'acte qu'il dresse de leur présence ; donc, le légataire universel par acte authentique n'étant saisi *que sous la condition* de validité du testament qui l'institue, n'a pas actuellement de saisine si l'acte est nul ; donc, l'héritier du sang, qui prouve sa qualité, mettra à la charge du légataire universel la preuve que les témoins étaient, au temps du testament, Français, majeurs, etc., etc. ; et, comme il est certain que le président, en envoyant en possession le légataire universel institué par testament mystique, n'a pas eu à se faire justifier de la capacité des témoins employés dans le testament, l'envoi en possession est chose insignifiante ; le légataire universel n'a pas encore prouvé tout ce dont il avait à faire preuve pour jouir du bénéfice de l'article 1006 ; LA SAISINE *est demeurée* à l'héritier collatéral ; et, comme celui-ci prouve sa qualité, c'est au légataire universel à prouver que les témoins étaient capables, sans quoi il n'y aura ni testament, ni légataire universel, ni saisine testamentaire. »

Ainsi, il faut bien le remarquer, la question est plus étendue qu'elle ne le paraît : elle ne repose pas sur les articles 1323 et 1324 ; elle porte principalement sur l'article 1006. La saisine du légataire universel établie par l'article 1006 laisse-t-elle place encore à la saisine de l'article 724 en faveur des collatéraux ? En d'autres termes : « le parent successible, mais non réservataire, « *peut-il se dire héritier*, tant que le testament n'est pas annulé ? » En d'autres termes enfin : « le legs universel est-il une institution

Digitized by Google

« d'héritier, quand il n'y a pas de réserve? » Pour la Cour de cassation et pour moi, la saisine légale ne peut appartenir concurremment à l'héritier testamentaire et aux parents successibles; tant que le testament subsiste, le parent successible ne peut se dire héritier, il n'est qu'un prétendant droit à l'hérédité; en un mot, notre legs universel, en l'absence d'héritiers réservataires, *est une vraie institution d'héritier*.

C'est sur la négation de cette vérité qu'est établie l'opinion que j'attaque. Elle se réduit à ceci : « Le Code A PROSCRIT l'insti-« tution testamentaire; le légataire universel n'est jamais héri-« tier; il n'est qu'un successeur aux biens; jamais continuateur « de la personne. Ceux qui ont dit : Quand il n'y a pas d'héritier à « réserve, *le legs universel est une véritable institution d'héritier*, « *qui peut se définir la donation par testament de tous les droits* « *actifs et passifs du défunt*, ont émis une proposition erronée. »

J'établirai donc d'abord par l'histoire de la formation de la loi que, dans l'espèce, le légataire universel est un véritable héritier.

Personne ne doute que l'héritier institué était véritable héritier en droit romain.

Il me semble fort peu important que sous notre ancien droit français, le légataire universel ne fût pas saisi; car, il est certain qu'institution d'héritier n'avait lieu sous la plupart des coutumes, et que la cause en était LES RÉSERVES *établies pour les héritiers du sang*.

Il est peu important que le mot *solennel* sous la coutume, ait signifié *fait au désir de la coutume;* peu important que la jurisprudence du Châtelet soumît le légataire universel à la vérification; peu important que la Cour de cassation ait, le 23 avril 1838, rejeté le pourvoi contre un arrêt ordonnant la vérification par la légataire universelle d'un testament fait en l'an VI, et par suite duquel la légataire universelle avait de fait joui des biens depuis l'an VII (*motifs de l'arrêt* Bain) : jusqu'au Code civil, il y a toujours eu des réserves; jusqu'au Code civil, il n'y a donc pas eu d'héritier testamentaire en France; les successions affectées de legs universels *ouvertes* avant le Code civil et réglées depuis, ont dû suivre l'ancien droit; et ce qu'on décidait autrefois par la nécessité des réserves doit être écarté de la discussion aujourd'hui, que le Code a rendu disponible l'universalité des biens au préjudice des collatéraux.

Or, on voit la pensée du Code se manifester dès la discussion

Digitized by Google

du titre *des Successions*. L'article 8 (aujourd'hui 724) portait : « Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, « droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes « les charges de la succession ; MAIS les enfants naturels, l'époux « survivant et la République devront se faire envoyer en posses- « sion par justice dans les formes qui seront déterminées. »

Cette adversative *mais* semblait limiter aux trois classes de successeurs irréguliers (l'enfant naturel, l'époux et l'Etat) les personnes qui n'avaient pas à s'adresser aux héritiers pour obtenir l'envoi en possession, et soumettre dans tous les cas les successeurs par testament à s'adresser aux héritiers saisis.

Cependant malgré M. Treilhard, qui disait : « l'institué ne peut « être saisi que lorsque sa qualité est reconnue, et la saisine de « l'héritier naturel ne cause aucun préjudice à l'héritier institué ; » malgré M. Tronchet, qui plaidait en faveur du régime coutumier, duquel « il résultait que l'héritier naturel devait être saisi « et délivrer les legs, » le Conseil reconnut pour le moins alors « qu'il ne fallait pas dans ce titre régler quel serait le droit de « saisine de l'héritier testamentaire ; que l'article 724, éclairé par « l'article 723, ne devait s'appliquer qu'aux successions *ab intes-* « *tat*, et qu'il fallait ajourner la difficulté au titre *des Donations* « *et Testaments* (LE PREMIER CONSUL) ; que le testament devait « avoir ses effets tant qu'il n'était pas annulé (M. PORTALIS) ; qu'on « pourrait inférer de ce que l'article donne indistinctement la « saisine à tous les héritiers, que la libre disposition en collaté- « rale ne serait plus admise, et qu'il importe à l'héritier institué « de ne pas éprouver de retard dans sa jouissance, ET DE NE PAS « ÊTRE FORCÉ de s'engager dans une contestation pour l'obtenir « (*le consul* CAMBACÉRÈS). » L'article adopté fut renvoyé à la section pour en réduire les dispositions aux successions *ab intestat*. Elle se borna à effacer l'adversative, *mais*..... ce qui laissait à la loi à discuter *sur les donations et testaments* la faculté d'établir la saisine en certains autres cas en faveur d'autres personnes. — (*V. p mes Citations*, Fenet, t. 12, p. 8 à 10.)

La correction n'alla pas plus loin d'abord, parce que malgré l'opinion manifestée en faveur du testament dans cette séance du conseil d'Etat, l'opinion de la section de législation était alors que l'héritier du sang fût toujours saisi : elle le prouva par le projet de la section II du chapitre *des Testaments* (*de l'exécution des testaments*), où l'on ne trouve pas un mot sur la saisine tes-

Digitized by Google

tamentaire, et où l'on fait dépendre la jouissance de la demande en délivrance.

A la séance du 27 ventôse an XI (*V.* Fenet, t. 12, p. 383 à 397), les deux partis se sont donc retrouvés en présence; et ce qu'il faut bien remarquer, c'est qu'à cette époque, le projet des articles 1006, 1007 et 1008 n'existait même pas en germe.

Certes alors, les partisans du système coutumier n'ont pas manqué de dire : « que puisque l'héritier légitime ne pouvait être « dépouillé que *sous la condition par le testateur* d'avoir exprimé « sa volonté dans les formes légales, il est raisonnable et bien- « séant de lui montrer le titre qui anéantit ses droits, afin qu'il « soit en état de le critiquer ; que cette précaution était surtout « nécessaire là où avec un testament olographe, c'est-à-dire « *obscur et clandestin*, on pouvait s'emparer d'une succes- « sion (M. TRONCHET). Les testaments olographes, ajoutait-on, « sont rédigés par le testateur. Il devient donc possible de les « supposer. Or, dans les grandes villes, les faussaires sont assez « audacieux pour user de la facilité que leur donnerait une sai- « sine obtenue par un faux titre, afin de spolier la succession. » (M. JOLIVET.) Mais les partisans du droit romain répondirent victorieusement : « Là où existe un héritier testamentaire, il n'y « a plus d'héritier légal ; la présomption est toujours qu'un acte « est valable, et cette présomption le rend exécutoire. Il est juste « que la maxime « *le mort saisit le vif* » tombe sur l'héritier « testamentaire comme sur l'héritier *ab intestat :* dans un cas « comme dans l'autre la possession du défunt doit continuer « dans la personne de son héritier (M. PORTALIS). Puisqu'il est « un degré de parenté dans lequel l'homme peut disposer de la « totalité de sa fortune, la loi qui lui donne cette faculté veut « certainement aussi que ses droits passent immédiatement, et « par le seul effet de sa volonté, à l'héritier qu'il institue; on ne « peut donc soumettre le testament à un héritier que la loi n'ap- « pelle qu'à défaut de testament. On parle de faux ; mais le faux « est une exception à l'ordre commun des choses. Le faux « dans un testament serait un délit que l'on poursuivra comme « tout autre crime, et le juge prononcera, suivant les circon- « stances, sur l'exécution du titre attaqué. » (LE CONSUL CAMBACÉRÈS.)

Dans cette position du débat, M. Tronchet, concédant la différence qui existait entre l'héritier à réserve et les héritiers collaté-

Digitized by Google

raux, dit que : « pour le cas où il n'y a pas de réserves, la loi *doit* « obliger *indistinctement* tout héritier testamentaire à s'adresser « au juge pour obtenir la saisine ; car les héritiers peuvent être « inconnus ou absents ; ils peuvent avoir droit à des réserves. « Le juge, suivant les circonstances, ordonnera l'apposition des « scellés, appellera les héritiers en donnant la possession provi- « soire à l'institué, ou lui accordera la saisine. » Mais le consul Cambacérès répondit que « de telles précautions devant être « souvent sans objet, on doit se décider par les principes adop- « tés sur la disponibilité : hors le cas de réserve, chacun a la « disposition absolue de ses biens, et il n'y a plus de prohibition. « On a donc voulu que le testament eût tout son effet, et que « *l'héritier institué*, qui se trouve dans la position la plus favo- « rable quand il n'y a pas d'héritier ayant droit à des réserves, « *ne pût être inquiété* par les subtilités de la chicane. » Ici le procès-verbal ajoute : « *Les propositions faites par le consul Camba-* « *cérès sont adoptées.* »

Ainsi l'intention du Conseil est bien connue : avant même qu'il eût pensé à une forme particulière d'envoi en possession pour le legs universel dans la forme olographe, et bien qu'il ait supposé qu'un faux était possible, le Conseil a voulu que le légataire universel eût la saisine complète, sauf à suspendre l'exécution du titre, suivant les circonstances, s'il était attaqué par la voie du faux. Certainement, c'était le moment de proposer de soumettre l'écriture du testament à la vérification, en cas de difficulté ; mais n'eût-on pas répondu : « Vous proposez autant de procès qu'il y aura de testaments ? »

A la séance du 3 germinal an XI, nouvelle rédaction. Une section III (V. Fenet, p. 432) est intitulée : *De l'institution d'héritier et du legs universel* ; une section IV traite *des legs à titre universel ;* une section V, *des legs particuliers.* L'article 118, dans la section III, ordonne le dépôt du testament olographe, et ajoute : « L'*envoi en* possession *sera ordonné* par le président du « tribunal, au pied d'une requête à laquelle sera joint l'acte de « dépôt. » — Sur cette nouvelle rédaction si absolue que le magistrat semblerait soumis à toujours répondre favorablement à la requête, point de débats. — Communication au Tribunat. — (V. Fenet, p. 458.) Le Tribunat proposa d'établir une nouvelle section : — Section III, *Des institutions d'héritier et des legs en général,* et après avoir bien averti ainsi, que pour exprimer les

Digitized by Google

dispositions universelles, on pouvait dire indifféremment *héritier universel* ou *légataire universel*, de même qu'*héritier à titre universel* ou *légataire à titre universel* pour exprimer les dispositions par forme de quote, et enfin *héritier particulier* ou *légataire particulier* pour exprimer les dispositions attributives de sommes ou de choses sans rapport à l'universalité du patrimoine ou à sa division par parties aliquotes ou par nature de biens, il intitula les trois sections suivantes : section IV, *du Legs universel;* section V, *du Legs à titre universel;* section VI, *des Legs particuliers;* et supprima le mot *héritier institué* partout où il se trouvait dans les rubriques et dans les articles de ces trois sections. Et pourquoi? « Pour annoncer bien précisément qu'il n'y aura désormais aucune différence entre la dénomination d'*héritier* et celle « de *légataire*, et que tous les effets particulièrement attachés par « les lois romaines au titre d'héritier sont entièrement détruits, « de sorte que, d'après le principe posé dans la nouvelle section III, on pourra dorénavant qualifier les dispositions [testamentaires] du simple titre de *legs*, ce qui sera plus commode. »

Or, à mes yeux, les jurisconsultes qui induisent de là qu'il n'y a plus sous le Code civil d'institution d'héritier, plus de succession purement testamentaire, sont tombés dans l'erreur. La séance du 27 ventôse an XI, revenant sur les idées émises et réservées lors de la discussion de l'article 724, prouve clairement que pour le conseil d'Etat, il y avait un héritier purement testamentaire dans la personne du légataire universel, en l'absence d'héritiers réservataires, puisqu'on lui donne une saisine faisant obstacle à la saisine du parent collatéral exclu de la succession. Le Tribunat, de son côté, n'a pas eu pour objet de détruire ce que le conseil d'État venait de faire. Tout se réduit de son côté à un conseil donné sur un meilleur ordre de rédaction. Le projet communiqué portait, article 114 : « *L'héritier institué* et *le légataire* « *universel* auront les mêmes droits et seront sujets aux mêmes « charges, » sans définir ce qu'était l'un ou l'autre. Puis tous les articles répétaient à satiété : « l'héritier institué ou le légataire universel. » Le Tribunat a vu dans ces répétitions une rédaction embarrassée : il en a cherché une meilleure, et, comme il l'a dit, *une plus commode*. Présenter une rédaction plus commode ne veut pas dire du tout qu'on détruit un système, mais cela signifie, qu'on cherche à en éclaircir l'exposition.

Puis, suivant l'impulsion donnée par le Tribunat, la loi porte

Digitized by Google

que ces dispositions universelles, à titre universel, à titre particulier, faites, l'une ou l'autre, sous la dénomination d'institution d'héritier ou sous la dénomination de legs, produiront leur effet, non pas toujours d'après la dénomination inexacte qu'aura employée le testateur, mais d'après la nature d'universalité, de portion d'universalité, ou de particularité résultant de la disposition, et d'après les règles que la loi va tracer pour les legs universels, à titre universel, et particuliers, seules dénominations qui vont être ensuite employées par la loi *pour la plus grande commodité* de la rédaction.

Est-ce donc là dire qu'au fond, il n'y aura jamais ce qu'en pays de droit écrit, on nommait un héritier institué? Est-ce que M. Portalis, M. Maleville et tous les jurisconsultes du pays de droit écrit victorieux dans la séance du 27 ventôse an XI, n'auraient pas éclaté contre une rédaction nouvelle qui aurait détruit leur ouvrage? Loin de là : la rédaction nouvelle n'a pas soulevé la moindre observation. Aussi la loi présente-t-elle le même sens qu'auparavant. On connaissait beaucoup mieux par pratique la jurisprudence des pays de droit écrit qu'aujourd'hui; on savait que pour faire valoir le testament, on regardait comme héritier en certains cas, celui qui avait été institué *in quotâ parte* ou *in re particulari;* que par conséquent, en faisant de l'institution une classe légale de disposition testamentaire, on courait le danger de produire l'accroissement au profit de l'héritier *in re particulari*, et de soulever d'autres difficultés du même genre; et les jurisconsultes qui faisaient une transaction entre les deux régimes se contentaient d'une rédaction permettant d'instituer un héritier universel sous un nom ou sous un autre et abandonnaient de bonne foi les institutions *in quotâ parte vel in re particulari.*

Le nom d'*Institution d'héritier* n'est pas même proscrit, puisqu'il se trouve en tête de la section.

Fût-il proscrit, la chose ne l'est pas. Quelle différence y avait-il autrefois entre l'héritier institué des pays de droit écrit et le légataire universel du pays coutumier? Que voulait dire en pays de coutume, cette phrase : « *Institution d'héritier n'a lieu; on n'y peut faire qu'un légataire universel?* » Cela signifiait que si, en pays de droit écrit, l'héritier institué était saisi des biens et continuait la personne du testateur; en France, le légataire universel n'était jamais saisi; qu'il devait demander délivrance aux héri-

Digitized by Google

tiers ; que ceux-ci retenaient leurs réserves et qu'à leur égard le légataire était toujours demandeur.

Donc, quand il n'y a pas d'héritiers à réserve, le légataire universel est certainement un héritier institué, si la loi lui donne la saisine de plein droit, et si elle le dispense de demander la délivrance à celui que le testament dépouille de l'hérédité. Or, c'est ce que fait l'article 1006; et tels étaient en pays de droit écrit les effets généraux de l'institution.

Cela est d'autant plus certain que le Tribunat lui-même a défini le legs universel dans l'article 1003, comme la loi romaine a défini l'hérédité testamentaire : *Nihil est aliud hereditas quàm successio in universum jus quod defunctus habuit.* Donc, à la différence du droit coutumier, le Code Napoléon élève le legs universel au rang d'institution d'héritier, faisant, pour la commodité du langage légal, une seule et même chose du legs universel et de l'institution ; et cela revient à l'article 114 du projet du Conseil : « L'héritier institué et le légataire universel auront « les mêmes droits et seront soumis aux mêmes charges. »

Il ne reste donc pour refuge aux partisans de l'opinion qui nie la qualité d'héritier dans le légataire universel, que cette phrase des observations du Tribunat : « Tous les effets PARTICU- « LIÈREMENT attachés par les lois romaines au titre d'héritier « institué sont entièrement détruits. »

Mais ceux qui invoquent cette phrase ne font pas attention qu'elle ne parle pas des effets *généraux* attribués par le droit à l'institution pure et simple d'un héritier ; *elle ne dit pas* TOUS *les effets ;* elle dit les effets *particulièrement* attachés.... Ainsi disparaissent les effets particulièrement attachés au titre d'institution *in quotâ parte* ou *in re particulari*, de sorte que les caducités et les renonciations ne profiteront plus à ceux à qui le testateur n'aurait pas donné le droit universel ; ainsi encore disparaît cette règle qui faisait tomber le testament tout entier, faute d'adition d'hérédité. L'institution d'héritier, comme le legs universel, cesse d'être *caput et fundamentum testamenti,* et par conséquent la répudiation de l'institution ne fait plus évanouir les legs; il n'y a plus de Falcidie pour l'héritier institué, etc., etc., mais cela ne veut pas dire que l'institution d'héritier ou le legs universel n'auront pas les effets *généraux* qu'avait l'institution en pays de droit écrit, tels que l'exclusion des héritiers ab intestat, la saisine, la dispense de demande en délivrance, etc., etc. Le

Digitized by Google

Tribunat n'a point eu, n'a pas pu avoir, n'a pas exprimé cette idée : l'eût-il eue, la loi ne la reproduit pas, puisque les articles 1003, 1006 et 1008 y sont contraires.

Donc, en posant en principe que *le legs universel est une vraie institution d'héritier, quand il n'y a pas d'héritier à réserve*, on est dans l'esprit comme dans les termes du Code Napoléon.

Ceci posé, est-il vrai de dire que l'héritier institué ou légataire universel par testament olographe envoyé en possession par l'ordonnance du président, devient défendeur, quand l'héritier légitime prouve être le plus proche parent du défunt, par exemple, être son frère, dans un temps où il est constant que le défunt n'a laissé ni ascendant ni descendant ?

Non certes.

En vain dira-t-on (car c'est l'argument fondamental) que « lorsque l'héritier légitime déclare ne pas reconnaître les écri- « ture et signature du testament, l'héritier légitime ayant un « titre certain de parenté, ne peut en être privé que par un titre « valable, et que c'est à celui qui invoque le testament olographe « à faire (comme défendeur, *reus in excipiendo fit actor*) la véri- « fication de l'acte *qu'il oppose*, et dont il ne peut réclamer le « bénéfice *que lorsqu'il sera prouvé* qu'il est régulier, en sorte « que *jusqu'à la décision définitive*, le légataire [universel] *doit* « toujours être considéré *comme demandeur en exécution* de « l'acte qu'il invoque (*arrêt* Bain). »

Première réponse. — Le légataire universel n'est point un demandeur en exécution du testament ; il possède sa qualité en vertu de l'ordonnance d'envoi en possession, et de l'autorité judiciaire qui a ajouté au testament sous seing privé la force exécutoire qui lui manquait. Je n'examinerai pas si l'ordonnance du président est un simple acte ministériel, comme l'a dit, quoique avec hésitation et regret, la Cour de Caen dans l'arrêt *Bain*, ou si le président a le droit, avant de rendre son ordonnance (comme le font penser les mots « le légataire universel « sera tenu de se faire envoyer... »), de se livrer à un examen sommaire, dont la forme n'est pas déterminée par la loi : car, ou l'ordonnance est un acte purement ministériel du président, et dans ce cas, la loi a voulu qu'elle conférât au testament, sans examen aucun, la force qui lui manquait ; ou le président a la faculté d'un examen préalable, quoique non contradictoire, et dans ce système, l'ordonnance n'en sera que plus respectable :

Digitized by Google

or, dans un système comme dans l'autre, l'ordonnance a du moins pour effet de rendre exécutoire le testament olographe ; et en lui donnant la force d'exécution, elle l'élève par là même au rang d'acte protégé par la justice, et dispensant celui qui en est porteur de prouver la vérité de l'acte.

Je suis donc très-peu touché de cet argument de l'arrêt *Lecesne* : « Le magistrat peut d'autant moins s'occuper de la sincé-« rité de l'écriture, que l'article 1008 veut qu'il statue sur une « requête à laquelle est joint l'acte de dépôt, et non pas le testa-« ment lui-même. » Qu'importe-t-il donc que le magistrat se soit ou non occupé de la sincérité de l'écriture, dès que la loi ne lui fait pas un devoir de s'en occuper? Qu'importe-t-il que le magistrat n'ait ni mission ni possibilité de s'en occuper, dès qu'il est constant par la discussion législative que la loi a été faite ainsi, parce que « le faux est une exception à l'ordre commun des « choses ; qu'il est un délit qu'on poursuivra comme tout autre « crime (M. Cambacérès) ; parce qu'on doit présumer que le « testament est valable, tant que la nullité n'en est pas pronon-« cée (M. Muraire) ; parce qu'il y a incomparablement plus de « testaments valides que de testaments nuls (on peut ajouter : « plus de testaments vrais que de testaments faux) ; que le légis-« lateur ne doit pas prendre les cas rares pour base de ses lois ; « que provision est due au titre ? » (M. Maleville) S'il est constant que tels sont les motifs de la loi, il faut bien accorder quelque puissance à l'acte judiciaire, à l'ordonnance du président qui fait sortir le testament de la classe des actes sous seings privés ordinaires; on est bien forcé de placer le testament revêtu d'envoi en possession au nombre des actes exécutoires.

C'est ainsi que, quoique sous l'ancien droit, l'avis purement privé de trois arbitres compromissoires ne devenait jugement arbitral que par suite d'un jugement d'homologation ; néanmoins, sous nos lois civiles, cet avis devient jugement arbitral, titre exécutoire et authentique, par l'ordonnance du président *seul ;* et pourtant le président ne connaît pas la signature des arbitres.

On comprend bien, dès lors, que je ne suis aucunement touché de ces motifs de l'arrêt *Lecesne* : « Le système (contraire à « celui des arrêts) conduirait à ce résultat bizarre de protéger « plus efficacement les citoyens contre la fabrication d'un titre « universel ou d'un legs particulier, que contre l'audace d'un

Digitized by Google

« faussaire qui se serait fait un titre à lui-même pour s'emparer « de l'entière succession d'un héritier à réserve. » — « Il pour- « rait, ajoute l'arrêt *Bain*, par des soustractions (de pièces de « comparaison, sans doute ?), rendre quelquefois la vérification « impossible. »

Dans chaque système législatif, il y a des inconvénients. La Cour de Caen l'a dit dans l'affaire *Bain;* et je conviens qu'un testament universel est moins long à contrefaire qu'un autre. Mais le juge n'a pas le droit de chercher les inconvénients de la loi, pour se dispenser de lui obéir.

Les inconvénients du système de Caen sont plus nombreux et plus grands. Supposez que le légataire universel soit un étranger qui n'ait pas eu une connaissance immédiate du testament; de sorte que les héritiers du sang se soient emparés des biens et des papiers; supposez encore que ce légataire universel n'ait jamais connu le testateur, par exemple; un homme de lettres, un professeur célèbre, une ville, un hospice, l'Etat même..... Comment pourrez-vous justement le contraindre à une vérification d'écriture, lui qui ne connaît ni les témoins ni les pièces de comparaison. Supposons le contraire : c'est l'héritier qui est absent : il a passé sa vie loin de la famille, les rapports ont été rompus depuis longtemps, il a ignoré le décès, et ce sera entre *ses enfants* et les enfants de l'institué que s'élèvera le procès..... Est-ce que les témoins du fait de l'écriture existeront encore? Est-ce que les pièces de comparaison auront été conservées? Est-ce que vous ne réduirez pas les enfants de l'institué à l'impossible? Et cette incertitude durerait pendant trente ans et plus, à cause des minorités; et les biens acquis par legs universels ne pourront être vendus que désavantageusement, dans la crainte des revenants! C'est là un système tout contraire à l'esprit général du Code Napoléon : c'est là un système qui forcerait les légataires, quoique saisis et n'ayant pas de délivrance à demander (art. 1006), à inventer une procédure contre les héritiers absents ou présents et renonçants; et cela contre les principes de la loi, qui ne voit plus de succession légitime là où il y a succession purement testamentaire; et cela contre le vœu de la loi, que l'héritier institué ne puisse être inquiété par les subtilités de la chicane (M. Cambacérès).

S CONDERÉPONSE. — Des raisons plus fortes encore démontrent jusqu'à l'évidence que les articles 1323 et 1324 ne peuvent s'ap-

Digitized by Google

pliquer au cas de legs universel fait au préjudice des collatéraux.

Ces deux articles sont classés au nombre des moyens de preuve que peut employer un créancier ou toute personne qui réclame d'une autre l'exécution d'une obligation sous signature privée : c'est pourquoi la loi les a placés au titre *des Contrats ou des obligations conventionnelles en général.*

La preuve dont traite le titre *des Contrats ou obligations* CONVENTIONNELLES *en général* est nécessairement celle des actes contenant une obligation de la part du souscripteur de l'écrit privé. Un testament est-il donc un contrat? Un testament contient-il donc des *obligations* de la part du testateur ?

Le titre *des Contrats et obligations conventionnelles* traite du mode principal ou générique d'acquérir la propriété *à titre particulier*. L'institution d'héritier par testament olographe est un mode d'acquérir *universellement*. Pourquoi veut-on soumettre le titre d'acquisition d'un droit universel aux formes étroites et minutieuses des acquisitions à titre particulier.

Les lois sur les personnes, notamment celles sur l'état civil, sur le mariage, la paternité et l'adoption ont pourvu à la preuve de la transmission du droit universel de succession légitime et *ab intestat.*

La loi sur les *donations entre-vifs* a pourvu dans le chapitre IV, article 931 et suivants combinés avec les article 1081 et 1083, à la preuve de la transmission du droit universel de succession par institution contractuelle.

La loi sur les *testaments* a pourvu à la preuve de la transmission du droit universel de succession par institution d'héritier, non-seulement part l'article 970 et suivants, mais encore en faisant placer par autorité de justice le testament dans un dépôt où chacun le peut voir et l'examiner pour l'attaquer, et en ne permettant au légataire universel d'exercer son droit qu'après en avoir pris une sorte d'investiture par l'ordonnance d'envoi en possession.

Donc, demander de plus, pour la preuve, une vérification par le légataire universel de l'écriture privée du testateur, c'est exiger pour un *droit universel*, une preuve que le Code Napoléon n'a édictée que dans un titre spécial aux acquisitions faites *à titre particulier ;* c'est transporter à une loi faite pour

Digitized by Google

un certain ordre de faits une parcelle de loi écrite pour un ordre de choses différentes ; ce serait donc faire une fausse application des articles 1323 et 1324 écrits pour la preuve des obligations conventionnelles que le défunt aurait contractées, que de les appliquer à la preuve des testaments qui sont bien l'œuvre du testateur, mais qui ne l'ont jamais obligé.

Comment d'ailleurs appliquer ces lois au légataire universel ? L'article 1006 veut qu'il soit saisi, même quand le testament est sous seing privé. La saisine lui est donc, par l'article 1006, donnée exclusivement à la saisine de l'héritier présomptif fondée sur l'article 724, comme la saisine du donataire universel par contrat de mariage ou par donation entre époux est conférée au donataire par les articles 938, 1081, 1083, 1091 et 1093, exclusivement tant à la saisine de l'héritier du sang qu'à la saisine de l'héritier testamentaire ?

Il y a trois sortes de successions qui ne peuvent subsister simultanément pour le tout : 1° la succession légitime ; 2° la succession testamentaire ; 3° la succession contractuelle. Celle-ci exclut les deux premières ; l'institution d'héritier exclut la succession légitime.

Donc, tant que le titre du légataire universel subsiste, qu'il soit ou non envoyé en possession, et bien plus certainement encore lorsqu'il est envoyé en possession, le parent successible n'est point héritier ; il ne l'est que s'il parvient à faire tomber le titre qui l'exclut.

S'il n'est point *héritier*, s'il a besoin, pour démontrer qu'il l'est, de faire tomber l'obstacle qui l'exclut de la succession, il ne peut donc invoquer les articles 1323 et 1324, lesquels ont été écrits pour l'héritier qui est investi de la succession, et qui se défend contre l'obligation souscrite par son auteur. Ces articles ne sont point écrits pour le parent dont on méconnaît le titre d'héritier, sans lui contester parenté ni proximité.

C'est donc encore un point de vue qui prouve que les arrêts de Caen font une fausse application des articles 1323 et 1324 étrangers à la matière qui nous occupe.

Qu'on ne nous accuse pas de faire une pétition de principe.

J'accorde que le testament peut être faux, et qu'alors la saisine du légataire universel aura été abusive.

Mais un testament authentique peut être faux aussi et la saisine en aura été aussi abusive ; il n'y a pas de pétition de principe à

Digitized by Google

dire que la provision doit être accordée au testament authentique jusqu'à ce qu'on le fasse tomber, et qu'on prouve, par exemple, que la signature du notaire et des témoins est fausse.

Comment y aurait-il pétition de principe à dire que lorsqu'un acte judiciaire, une ordonnance, a donné force d'exécution à un testament olographe, cette ordonnance l'a fait sortir des rangs des actes privés ordinaires ; que, par conséquent, on en présume la vérité jusqu'à preuve contraire, et que provision doit être accordée à l'acte?

Y a-t-il donc pétition de principe à dire : l'acte notarié est authentique jusqu'à ce qu'on ait prouvé que la signature du notaire est fausse, quoiqu'il ne puisse être authentique, sans que cette signature soit vraie ? Non. Donc, le testament olographe rendu exécutoire dans la forme judiciaire établie par la loi est exécutoire jusqu'à ce que le collatéral ait prouvé que la signature est fausse, quoiqu'il ne puisse être un testament, sans que la signature soit vraie. Dans l'un et l'autre cas, on accorde seulement provision à l'apparence, et l'on suit les vrais principes en disant dans les deux cas que jusqu'à preuve du faux le parent successible n'est point un héritier ; il n'est qu'un prétendant droit.

Or, dès que la loi permet à chaque citoyen d'être le propre ministre de son testament, elle a pu accorder au testament olographe (qui certes pour être d'écriture privée, est cependant *sui generis* et ne rentre pas dans les actes sous seing privé dont la forme est indiquée au § 2 de la section Ire du chapitre VI du titre III, intitulé : *De la preuve des obligations*), elle a pu, dis-je, accorder au testament olographe un degré de confiance de plus qu'aux actes sous seing privé obligatoires pour la personne du signataire.

Qu'on ne dise donc plus : « La saisine testamentaire ne peut « exister que *sous la condition* de l'existence de toutes les forma- « lités essentielles du testament. » La maxime est vraie, mais elle est mal appliquée ; le testament, soit olographe, soit authentique, sera réputé valable, tant qu'il ne sera pas annulé. S'il est détruit, le successible aura été héritier et saisi *ab initio*. Jusque-là, les seuls remèdes à l'abus sont l'inventaire et le séquestre suivant les circonstances.

COIN-DELISLE.

Digitized by Google

DES LOIS DE SIMPLE POLICE (1).

CARACTÈRE GÉNÉRAL. — HISTOIRE. — BIBLIOGRAPHIE.

« Les contraventions de police ont été établies, suivant l'expression d'un grand publiciste, pour obliger les citoyens à vivre selon les règles de la société civile. » M. le comte Réal (2), exprimant la même idée, mais l'exagérant, présentait le quatrième livre du Code pénal comme un *cours de morale, comme le Code du bon voisinage et de l'urbanité*. C'était peut-être un peu flatter ce quatrième livre, quoiqu'il soit vrai que, sans dogmatiser sur la morale, et sans donner des leçons de civilité, les lois de police, qui préviennent ou répriment les actes extérieurs de rudesse ou de grossièreté, doivent avoir pour résultat d'adoucir les mœurs et de polir les manières. Mais, s'il ne leur est donné que par surcroît de former l'*honnête homme* et même l'*homme poli*, elles ont du moins pour objet *le citoyen paisible;* et elles concourent, en effet, puissamment à maintenir l'ordre et la paix dans la société, par leur habileté prévoyante et leur infatigable activité.

Ce qu'on remarque d'abord dans un pays, ce sont ses lois de police, et souvent on le juge sur cela. Les lois qui répriment les attentats contre les personnes et les propriétés ne sont pas toujours présentes, comme le sont les lois de police, par le nombre et la variété infinie de leurs dispositions. Ces lois générales sont d'ailleurs à peu près les mêmes, du moins en ce qu'elles ont d'essentiel, à toutes les époques et dans tous les lieux. La physionomie d'un pays, les traits saillants de son caractère et de ses mœurs, ressortent mieux dans les lois de police : « La sagesse de ces lois est le signe ordinaire d'une civilisation perfectionnée, » disait très-bien M. Nougarède, dans son rapport au Corps législatif. — Ajoutez à cela qu'elles secondent puissamment les lois de sûreté elles-mêmes, en éloignant les occasions des crimes et délits, en en écartant et supprimant les moyens. Une querelle

(1) Ce travail est détaché d'un Traité des Contraventions de police, auquel il sert d'introduction, et que l'auteur se propose de livrer prochainement à l'impression.

(2) Exposé des motifs du liv. IV, C. pénal.

Digitized by Google

qu'on arrête aux premières injures, eût fini peut-être par un meurtre. Cet instrument que la négligence oubliait eût pu devenir une arme mortelle entre les mains d'un assassin...

Ce serait un soin plein d'intérêt que d'étudier la police des peuples de l'antiquité dans ce qui nous est resté des monuments de leurs législations. Les philosophes et les orateurs aimaient à faire entrer dans le mot *police* tout ce qui tient au gouvernement des Etats, et ils en parlaient en termes magnifiques. Même à ne l'entendre, comme nous faisons ici, que des lois qui ont plus spécialement pour objet le maintien de l'ordre extérieur et de la tranquillité publique, un tel travail serait pour le nôtre une utile introduction et lui communiquerait cette sorte d'intérêt et de gravité que jette sur le présent le reflet des temps passés.

Mais ce travail, pour lequel la place nous manquerait ici, est-il bien encore à faire? Sans parler de tant de savants ouvrages étrangers [1], n'est-il pas déjà fait pour nous dans ce traité si complet du commissaire de La Mare, où l'on trouve, suivant les promesses du titre, cette fois fidèlement accomplies, l'*Histoire de l'établissement de la police, les fonctions et les prérogatives de ses magistrats, toutes les lois et tous les règlements qui la concernent?* Ouvrage excellent pour tout le monde et non pas seulement *pour les Parisiens*, comme le prétendait Voltaire [2]; souvent cité, copié plus souvent; où la critique moderne a sans doute des appréciations à reviser, peut-être même quelques erreurs à reprendre, mais qui n'en reste pas moins un modèle de recherches consciencieuses et un vrai trésor d'érudition.

Que de livres on a faits, que de livres on fera encore avec ces quatre gros volumes! Quant à nous, dès à présent, nous rendons hommage au *Traité de la police*, pour tout ce que nous y avons trouvé de précieux secours; ce qui ne nous dispensera pas de déclarer, à chaque occasion, les nombreux emprunts que nous aurons le bon esprit de lui faire.

Des anciennes institutions de police, celle qui se rapproche le plus de notre organisation et de nos usages, c'est l'*édilité romaine :* sous ce nom, qui, s'il n'était expliqué, n'aurait pas l'é-

[1] Notamment Schubert, *de Romanorum ædilibus.*

[2] *Siècle de Louis XIV*, écrivains français du temps de Louis XIV.

Digitized by Google

tendue que lui prête ici notre pensée, nous comprenons les diverses magistratures de police qui se succédèrent à Rome et l'ensemble de la législation dont l'application leur fut confiée. Nous n'esquisserons pas ici l'histoire générale de la police romaine ; mais presque à chaque pas nous consulterons ces lois faites pour Rome et que Rome ensuite proposait comme exemple au monde : *Omnes civitates debent sequi consuetudinem urbis Romæ, cum sit caput orbis terrarum* [1].

Nous les citerons souvent, et plus d'une fois on sera étonné d'y trouver si longtemps d'avance des dispositions qui semblaient naître et comme jaillir des intérêts, des besoins du moment. On croit trop aisément que les lois romaines, trésor de droit civil, ne sont que d'un faible secours dans l'étude des autres branches de la législation. Le droit criminel et le droit administratif sont sujets sans doute à plus de variations : ils ont moins de racines dans les temps anciens ; et cependant, là aussi, le présent paraît bien moins nouveau à ceux qui ont étudié le passé ; et il est rare qu'il n'y ait pas utilité pour la pratique, aussi bien que dignité pour la théorie, à relever, pour l'appliquer à nos usages, cette vive empreinte que le génie romain a laissé gravée sur tout ce qu'il a touché.

En France, la législation *sur le fait de la police* consistait en une foule de décisions et de règlements dont les principaux étaient les ordonnances des magistrats qui, sous divers noms, furent successivement préposés à la direction de la police de Paris, les arrêts des Parlements, et surtout les édits et ordonnances des rois. Ces règlements différaient d'autorité comme ils différaient d'origine ; chacun d'eux n'était obligatoire que dans l'étendue de la juridiction de laquelle il émanait. Les prévôts et autres juges subalternes avaient pour ressort la ville et ses faubourgs ; les baillis et sénéchaux, la province ; il n'appartenait qu'au roi ou à ses Parlements de faire des règlements concernant la police générale et universelle du royaume [2]. Et encore les arrêts de règlement n'avaient-ils autorité coercitive que dans le ressort du Parlement qui les avait rendus ; le roi seul commandait à toute la France.

[1] L. I, Cod., *De vetere jure enucleando*, parag. *Et si*.

[2] Bacquet, *des Droits de justice*, chap. XXVI, XXVII et XXVIII ; Loyseau, *des Seigneuries*, chap. IX ; cités par de La Mare, liv. I, tit. VI, chap. IV.

Digitized by Google

Mais il est vrai de dire qu'en ce qui concerne la police de Paris, quoique les magistrats ou officiers qui y étaient préposés eussent aussi eux un ressort déterminé, à savoir : *la ville prévôté et vicomté de Paris* [1], cette police de la capitale était proposée pour modèle et quelquefois même imposée comme règle à toutes les autres villes du royaume [2]. C'était une ressemblance de Paris avec Rome. Il n'y manquait même pas, à l'origine, le faste des mots : on eût dit l'emphase orientale du bas-empire. Paris, dans des *lettres patentes* de Clovis, du mois d'octobre 500, données en faveur de l'abbaye de Saint-Pierre le Vif, de Sens, n'est pas seulement *la cité royale, la capitale de l'empire* (civitas regia, caput totius gallici imperii) ; c'est *la reine de toutes les autres villes et l'abrégé du monde*, (compendium mundi, regina micans omnes super urbes) [3].

La juridiction de la police, à Paris, appartenait au Châtelet ; elle était principalement exercée par le prévôt. Le nom d'Étienne Boileau, qui fut revêtu de ces fonctions, en 1254, par le roi saint Louis, s'est conservé comme un symbole d'intégrité, de fermeté et de laborieuse application dans une des parties les plus importantes et les plus compliquées du service public. C'est à lui qu'on doit la première rédaction des statuts des diverses corporations des marchands et des artisans de Paris. Jusque-là, ce n'était que de simples usages ; il les fixa par écrit, après avoir réuni et consulté, dans un conseil assemblé, « les plus sages, les plus féaux et les plus anciens hommes de Paris, et ceux qui plus devoient savoir de ces choses,. » et ce « pour le profit de tous, meesmement pour les povres et pour les étrangés, qui, à Paris, viennent acheter aucune marchandise, qui la marchandise soit si loiaux qu'il n'en soit deçeu par le vice de ly... et meesmement pour châtier ceux qui, par convoitise de vilain gaing, ou par non sens, les demandent et prendent contre Dieu, contre droit et contre raison. »

Le recueil de ces règlements est connu sous le titre de *Registres des métiers et marchandises de la ville de Paris*. Il en existe plusieurs manuscrits, qui sont conservés à la Bibliothèque impériale, aux archives de l'empire et à celles de la Préfecture de po-

[1] Voy. notamment l'édit de mars 1667.
[2] De La Mare, préface, p. 4, et liv. I, tit. VII, chap. 1; Peuchet, tit. I, p. 120.
[3] De La Mare, *ibid.*

Digitized by Google

lice. L'un d'eux paraît avoir appartenu à de La Mare [1]; ce précieux recueil n'a été publié pour la première fois qu'en 1837, dans la *Collection des documents inédits de l'histoire de France*, par les soins de M. Depping.

Un autre document du même genre, plus ancien encore, mais d'une utilité moins générale, ce sont les statuts accordés par Philippe-Auguste, en 1183, aux bouchers de Paris. La publication en est due à M. Frégier, qui en a reproduit le texte à la suite de son premier volume de l'*Histoire de l'administration de la police de Paris*.

Après le *Livre des métiers*, il faut citer le *Registre des couleurs* et le *Livre des bannières du Châtelet de Paris*, deux autres collections qui existent aussi aux archives de la Préfecture de police, et où se trouvent, mêlées à des ordonnances, lettres patentes, arrêts du Parlement et autres actes adressés au Châtelet, pour être publiés (c'est le sens du mot *Bannire*, Bannières) dans Paris, par l'ordre du prévôt, des sentences et décisions émanées du Châtelet lui-même pendant une longue suite d'années et jusqu'en 1664. Les trois recueils forment la plus ancienne collection de règlements de police et de jugements sur ces matières, que l'on connaisse en France. Cette collection fut continuée plus tard par les ordres du chancelier de Lamoignon. Il y fit ajouter tous les documents du même genre qui parurent jusqu'en 1763. Ce vaste ensemble ne forme pas moins de 41 vol. in-folio, qui existent aussi aux archives de la Préfecture de police [2].

Parmi les principaux actes législatifs directement émanés de l'autorité royale, on peut citer le grand règlement du roi Jean, du 30 janvier 1350 [3], sur les attributions générales de la police de son temps [4] : « Règlement général et fort ample, dit de La-Mare [5], qui contient plusieurs sages et importantes dispositions pour bannir de cette ville tous les vices que la mendicité des valides et l'oisiveté y avaient introduits, et maintenir la tranquillité

[1] Depping, préface, p. 14.

[2] Voy. sur ce point, des détails pleins d'intérêt dans l'ouvrage de Peuchet, *Collection des lois, ordonnances et règlements de police*, depuis le XIIIe siècle jusqu'à l'année 1818 ; introduction, p. 66 et suiv. ; et aussi dans MM. Frégier, introduction, p. 9 ; et Depping, préface, p. 17.

[3] Fontanon, t. I, liv. V, tit. VIII, p. 852.

[4] Frégier, introduction, p. 9.

[5] Liv. I, tit. IX, chap. I.

Digitized by Google

publique, y procurer la bonne foi dans le commerce et les arts et l'abondance des choses nécessaires à la subsistance des citoyens, » ainsi que les règlements pour la police générale du royaume, arrêtés en conseil du roi le 4 février 1567 [1] et le 21 novembre 1577 [2]. Le premier, publié sous Charles IX, mérita d'être attribué au chancelier L'Hôpital; le second contient, au jugement du commissaire de La Mare, « tout ce que les plus sages législateurs ont désiré sur cette matière pour la rendre parfaite. »

A ces règlements généraux, on peut joindre, pour la police de Paris, une ordonnance du lieutenant civil, en date du 30 mars 1635, rendue à la réquisition du procureur du roi, qui *remontrait* que « la malice des hommes s'augmentait de jour en jour, » ordonnance fort sage dont les prévisions embrassent tous les détails de la matière et que nous avons souvent consultée avec fruit, dans le cours de notre travail. Elle est rapportée par de La Mare, liv. I, tit. IX, chap. III.

Mais une grande époque approchait : Louis XIV allait venir, et, avec lui, aussitôt après l'apaisement des troubles civils et des guerres étrangères, la réforme des lois et de l'administration. Ce fut par la police de Paris que commença cette réforme. Malgré de sages règlements, souvent renouvelés, la police de Paris n'avait jamais présenté une exacte régularité, un ordre assuré et constant. Soit difficulté des temps, souvent troublés en effet, par la guerre et les séditions; soit négligence ou faiblesse des officiers chargés d'en assurer l'exécution, les mesures prescrites restaient presque toujours inexécutées. Tous les préambules des édits sont remplis de plaintes et de reproches à ce sujet.

Mais les institutions aussi avaient bien leur tort. Cette multiplicité de juridictions, dont l'organisation judiciaire était alors encombrée, se faisait sentir d'une façon plus nuisible encore dans l'administration de la police, qui, si elle manque d'unité, perd toute liberté d'action. La juridiction du Châtelet, qui s'exerçait par le prévôt et ses lieutenants, avait chaque jour à se défendre contre les envahissements des justices particulières, seigneuriales et royales. Ce n'était que disputes et conflits d'attributions. Au Châtelet même, la juridiction était exercée par deux officiers, les lieutenants civil et criminel, qui se faisaient concur-

[1] Frégier, introduction, p. 9; de La Mare, liv. I, tit. IX, chap. II.
[2] De La Mare, *ibid.*

Digitized by Google

rence. Il fallait, rassemblant ces pouvoirs divisés, les concentrer dans une main unique. C'était ce qu'avait fait Auguste, par l'institution du *præfectus urbis* [1]; ce fut ce que fit Louis XIV. Pour s'éclairer sur une matière de cette importance, il avait formé une commission, sous la présidence du chancelier ; Colbert en faisait partie. Les séances de cette commission, dont les procès-verbaux sont aux archives de la Préfecture de police [2], commencèrent le jeudi 28 octobre 1666, et continuèrent, de semaine en semaine, jusqu'au 10 février 1667 [3].

Le premier fruit de ces conférences fut un arrêt du Conseil du 5 novembre 1666 [4], qui fit cesser les entreprises des juridictions rivales et maintint le prévôt et ses lieutenants, à l'exclusion de tout autre, *dans la police générale de la ville, faubourgs et banlieue de Paris.* Mais surtout, c'est de cette époque que date l'édit célèbre par lequel, distinguant deux choses qui jusque-là avaient été confondues, *la justice* et *la police*, le roi créa l'office de lieutenant de police (lieutenant du prevôt de Paris pour la police), en détermina avec soin les attributions, et sépara ces nouvelles fonctions de celles du magistrat auquel restait confiée, sous le titre légèrement modifié de *conseiller et lieutenant civil*, la distribution de la justice contentieuse, de telle manière que *lesdites deux charges, remplies et exercées par deux différents officiers*, ne pussent *être jointes et réunies pour quelque cause et sous quelque prétexte que ce pût être.*

Dans cet édit se trouve marqué, pour la première fois d'une manière nette et précise, le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire. L'édit contient, sur les attributions du chef de la police de Paris, des détails qu'il n'est pas sans intérêt de comparer avec les fonctions actuelles du préfet de police, telles qu'elles sont détaillées elles-mêmes dans l'arrêté du 12 messidor an VIII. Sous ce dernier rapport, il est utile aussi de lire les chap. VI et VII du tit. XII, liv. I, de l'ouvrage de de La Mare, qui, sous le titre de Fonctions de police des commissaires concernant la sûreté publique, etc., offre un tableau résumé de toute la police urbaine de ce temps-là.

[1] L. I, ff., *De origine et progress. jur.*, paragraphe 33 ; Delamare, liv. I, tit. V, chap. III, et les autorités qui y sont citées.

[2] Peuchet, t. I, préface, p. 93.

[3] De La Mare, liv. I, tit. IX, p. 86.

[4] De La Mare, *ibid.*

Digitized by Google

Le premier *lieutenant de police* fut Nicolas de la Reynie ; son titre fut changé, par lettres patentes du 18 avril 1664, en celui de *lieutenant* GÉNÉRAL *de police de la bonne ville, prévôté et vicomté de Paris*, qualification plus en rapport avec l'importance et l'étendue de ses fonctions. Quelques années plus tard, en octobre 1699, la nouvelle institution fut étendue aux provinces. Un conseiller lieutenant général de police fut créé, avec les mêmes attributions que celles de lieutenant général de Paris, dans toutes les villes où il y avait « Parlement, Cour des aydes, Chambre des comptes, siéges présidiaux, bailliages, sénéchaussées ou autres juridictions royales. »

« L'avantage qu'ont reçu les bourgeois de notre ville de Paris de cet établissement (l'érection en titre d'office de la charge de lieutenant général de police de Paris) nous a paru si considérable, disait le roi dans le préambule de l'édit de 1699 [1], que nous avons cru devoir le procurer à nos sujets. »

C'est à ces règlements importants, dignes d'une époque qui, déjà, avait vu ou devait bientôt voir paraître les grandes ordonnances sur la procédure civile et criminelle, les eaux et forêts, le commerce et la marine, qu'on peut rapporter [2] l'origine de la police moderne. Ce fut aussi vers cette époque que fut conçue la pensée d'en écrire l'histoire.

Il existait des recueils généraux des édits et ordonnances de nos rois, tels que ceux de Fontanon et de Guénois, ou tel encore que le *Code Henri*, du président Barnabé Brisson [3] ; *la police*, c'est-à-dire les règlements généraux qui s'y rapportaient, avait, d'habitude, une place, *un livre* dans ces recueils ; mais il n'existait pas de collection particulière quelque peu complète des ordonnances, arrêts et règlements de police. Un grand nombre de ces anciens documents n'avaient même jamais été imprimés ; d'autres ne l'avaient été que sur feuilles volantes. Ce qui s'en était conservé était enfoui dans les bibliothèques, les greffes ou les archives [4]. On avait compris, à diverses époques, de quelle utilité il serait de rechercher ces restes précieux et de les recueillir en corps de lois. Ce dessein a été attribué notamment

[1] De La Mare, liv. I, tit. VI, chap. v ; Peuchet, t. I, préface, p. 100.
[2] Peuchet, t. I, p. 181.
[3] Voy. notre éloge historique du président Brisson.
[4] De La Mare, préface, liv. I, tit. XVI, chap. III.

Digitized by Google

au roi Henri II, et il était bien digne, en effet, de l'application royale ; mais les lettres patentes du mois de mai 1555, qu'on cite comme ayant cet objet, ne nous paraissent point avoir voulu aussi bien faire, du moins dans l'étendue qu'on suppose.

Ces lettres patentes enjoignent bien, comme beaucoup d'autres, que *les lettres, ordonnances, déclarations et édits... pour raison du fait de police de Paris, soient observés et inviolablement entretenus, gardés et exécutés de point en point selon leur forme et teneur ;* elles veulent même qu'à la poursuite et diligence du procureur général en la Cour de Parlement, « lesdites ordonnances, déclarations, édits et arrêts... soient apportés et mis par-devant trois magistrats délégués, » dont l'un était le président Christophe de Thou, « pour iceux voir et sur ce en la meilleure diligence que faire se pourra; » mais, au lieu des vues générales qu'on lui prête, le roi ne se propose que de faire faire un extrait de ce dont chacun des officiers préposés à l'exécution des ordonnances de police est tenu *pour le devoir de sa charge selon lesdits édits et déclarations*, et il se borne à prescrire que cet extrait, enregistré aux greffes du Parlement, du Châtelet et *de l'hôtel commun* de Paris, soit lu désormais à ces officiers quand ils seront reçus et prêteront serment.

L'ordonnance de Blois, du mois de mai 1579, portait, en termes plus généraux, « qu'attendu que plusieurs ordonnances demeuraient sans exécution faute d'être connues, certaines personnes seraient commises pour recueillir les ordonnances et les réduire par ordre en un volume. » Mais cette ordonnance, qui n'avait, d'ailleurs, rien de spécial au fait de la police, était restée inexécutée, ou n'avait reçu qu'une exécution insuffisante en ce qui s'y rapportait, et le commissaire de La Mare, en offrant son *Traité de la police* à Louis XIV, pouvait dire : « Cette portion du droit public n'est pas moins importante au service de Votre Majesté, qu'elle est nécessaire au repos et à la félicité de ses sujets. *Personne, jusqu'à présent, n'avait pris soin d'en écrire; personne n'en avait ramassé les lois, ou pour en procurer la connaissance, ou pour en faciliter l'étude* [1]. »

Ce qu'on n'avait pas fait avant lui, ce laborieux magistrat entreprit de le faire, au milieu des embarras journaliers de ses pénibles fonctions, augmentés encore de l'honorable surcroît qu'y

[1] Epître au roi, en tête du premier volume.

Digitized by Google

ajoutait la confiance des plus hauts magistrats et quelquefois celle du roi lui-même [1].

Mais il ne se borna pas à faire un recueil des ordonnances et règlements de police, comme il se l'était d'abord proposé ; ce fut l'histoire même de la police qu'il voulut écrire, en s'appuyant, pour les temps modernes, sur les documents originaux par lui retrouvés ou réunis et classés méthodiquement, et en remontant aux temps les plus éloignés, à l'aide de débris précieux de l'antiquité qu'avait recueillis son érudition. « Je m'étais borné d'abord, dit-il dans sa préface, à une simple compilation du texte des ordonnances, dont j'avais fixé l'époque la plus reculée au règne de Philippe le Bel, où commencent nos plus anciens registres. Je découvris dans ces règlements que j'eus à parcourir, tant de sagesse, un si grand ordre, et une liaison si parfaite entre toutes les parties de la police, que je crus pouvoir réduire en art ou en pratique l'étude de cette science, en remontant jusqu'à ses principes. »

Delamare avait été excité à cette grande entreprise par le premier président de Lamoignon. Après la mort de cet illustre magistrat, il trouva les mêmes encouragements et le même appui dans son successeur, le premier président de Mesmes, et surtout dans d'Aguesseau, alors procureur général, qui s'intéressa si vivement à tous les grands travaux de jurisprudence entrepris de son temps. Deux autres hommes, mieux placés encore pour apprécier le mérite de l'œuvre, la protégèrent constamment, les lieutenants généraux de police de La Reynie et d'Argenson [2].

Louis XIV lui-même, en même temps qu'il l'aidait de ses libéralités royales, lui adressait en public des paroles de satisfaction, de toutes les récompenses, la plus belle dans une telle bouche ; et plus tard le régent, remplissant les intentions manifestées par le grand roi, mais que la mort n'avait pas permis à celui-ci de réaliser, accordait à de La Mare, sur les vives instances du procureur général d'Aguesseau, un droit sur les spectacles, qui fut con-

[1] Éloge de de La Mare, par Leclerc du Brillet, en tête du quatrième volume du *Traité de la police.*

[2] Cet *homme d'un génie supérieur*, cet *homme capable de tout* (Abrégé chronologique du président Hainault, année 1697; Voltaire, *Siècle de Louis XIV*, chap. XXIX). « Il était fait, dit Fontenelle, dans son éloge à l'Académie des sciences, pour être Romain et pour passer du sénat à la tête d'une armée. »

Digitized by Google

verti en une somme de 300,000 livres, « pour récompense de ses longs services, pour le dédommager des avances qu'il avait faites pour la composition et l'impression de son *Traité de la police*, et pour le mettre en état d'achever un ouvrage si utile au public [1]. »

Malgré tant et de si précieux secours, et malgré les longs jours que lui accorda la Providence (il mourut à 84 ans), de La Mare ne put achever son ouvrage. Deux volumes in-folio avaient paru, l'un en 1705, l'autre en 1710 ; il publia le troisième en 1719 ; ce fut tout : il lui fallut s'arrêter, n'ayant encore écrit que cinq des dix livres que devait embrasser son ouvrage, suivant le plan détaillé qu'il en avait présenté dans sa préface. Leclerc du Brillet, son continuateur, fit paraître, après la mort de de La Mare, un quatrième volume consacré tout entier à la voirie, après quoi la mort l'arrêta à son tour ; il ne put même publier le travail qu'il avait achevé [2] sur la sûreté publique, les sciences et les arts, travail qui devait former les VIIe et VIIIe livres du *Traité de la police*, et qui était prêt à être mis sous presse.

Après eux, il ne se trouva personne d'assez de science ou de courage pour pousser plus loin leur œuvre. Des travaux estimables parurent, les uns recueils abrégés des textes ; les autres, résumés de doctrine ; mais aucun d'eux ne réunissant, surtout dans d'aussi vastes proportions, l'importance d'un traité méthodique avec le mérite patient d'une compilation exacte et complète. De nos jours, M. Peuchet, ancien administrateur de police, garde des archives de la Préfecture de police, a publié une *Collection des lois, ordonnances et règlements de police*. Cette collection devait remonter au XIIIe siècle et de là suivre l'ordre des temps jusqu'en 1818, époque de la publication.

Le dessein de l'auteur était de la distribuer en trois séries, qu'il qualifiait d'*ancienne*, *moderne* et *nouvelle*. Il n'en a publié qu'une, celle qui se rapporte à la police moderne, et qui s'étend de 1667, époque de la création des lieutenants de police, à 1789.

Dans cette période furent rendus de nombreux règlements, soit pour la police de Paris, soit pour la police générale du royaume. Nous en avons cité quelques-uns ; nous mentionnerons

[1] Voltaire, en tête du *Siècle de Louis XIV*, article *Mare (de La)*, dit ironiquement à ce sujet : « Il eut pour récompense une part sur le produit de la comédie, dont il ne jouit jamais ; *il aurait autant valu assigner aux comédiens une pension sur les gages du guet.* »

[2] Voy. l'avertissement en tête du quatrième volume.

Digitized by Google

ici, parmi beaucoup d'autres, l'ordonnance de police sur les incendies, rendue pour Paris, le 15 novembre 1781, que l'auteur du mot *Incendie*, dans le *Répertoire de jurisprudence* de M. Merlin, propose comme un modèle.

Nous nous aiderons souvent de cette ancienne législation ; elle est empreinte presque partout d'une grande sagesse, et l'on comprend, à voir tant d'ordre et de prévoyance après tant de négligence et de confusion, ce concert d'éloges [1] qui s'éleva lorsque, sous l'administration habile des premiers lieutenants de police, Paris jouit d'une sécurité qu'il n'avait point connue jusque-là et de toutes les aisances du bien-être embellies encore par les merveilles des arts.

Est-ce à dire qu'il n'y a qu'à louer dans nos anciennes lois de police ? Bien loin de là. Considérées comme lois pénales et non plus comme simples règlements administratifs, elles méritent autant que les autres parties de notre législation criminelle antérieure à 1789, peut-être même à un plus haut degré, les reproches souvent adressés à l'ensemble de cette législation. Les incriminations y sont vagues, les peines inégales, souvent arbitraires, sans proportion avec les fautes, surtout d'une rigueur excessive.

L'édit de décembre 1666, qui pourtant se rapporte à l'époque de la réforme de la police sous Louis XIV, prononçait contre les compagnons armuriers, qui travailleraient à la fabrication des pistolets de poche et des couteaux-poignards, la peine d'être fustigés et flétris pour la première fois, et, pour la seconde, d'être envoyés aux galères ! Il prescrivait d'attacher à la chaîne comme forçats, sans autre forme ni figure de procès, *les nommés vulgairement Bohémiens* ou *Egyptiens*... On trouve de tels exemples à chaque pas.

Il fallut une révolution, et des plus hardies, pour faire sortir l'arbitraire des lois pénales et y faire rentrer l'humanité. L'hon-

[1] Voy. notamment l'éloge du marquis d'Argenson, par Fontenelle, à l'Académie des sciences, et l'épître de Voltaire intitulée *la Police sous Louis XIV* :

Quel sage a su plier à nos communs services
Nos besoins, nos plaisirs, nos vertus et nos vices ?
Quelle invisible main préside à ces ressorts ?
. . . . . .
D'éléments opposés, la concorde éternelle...
. . . . . .
... La confusion fit silence à sa voix...

Digitized by Google

neur en restera, malgré tout ce qui s'y est mêlé de dangereux alliage, à cette grande époque de 1789, que déjà le temps a éloignée de nous, mais de laquelle date, à vrai dire, la société moderne.

NICIAS GAILLARD,

Premier avocat général à la Cour de cassation.

DE LA PREUVE EN MATIÈRE CRIMINELLE.

I. La théorie des preuves suppose quelques notions préliminaires que nous allons essayer de réduire à leurs termes les plus simples.

Le but de toutes les opérations judiciaires est d'acquérir la connaissance de la vérité.

La vérité, qui, en thèse générale, n'est autre chose que la conformité des idées qui représentent les faits avec les faits eux-mêmes, consiste, dans une instruction criminelle, dans la certitude que tel fait existe ou n'existe pas, que tel individu est ou n'est pas coupable. Tous les efforts et toute la science du juge tendent donc à constater les probabilités qui sont la base nécessaire de toute poursuite, et à préparer la certitude qui est la base nécessaire de tout jugement. Servant a eu raison de dire : « La perfection des lois sur l'instruction criminelle dépend absolument de l'exactitude de nos connaissances sur les mesures de probabilité et de certitude [1]. »

Or, qu'est-ce que la certitude ? par quels moyens l'esprit humain parvient-il à l'acquérir? quels sont les éléments, ou plutôt les conditions de son existence?

La certitude est la situation d'une intelligence qui affirme qu'un fait existe ou n'existe pas, qu'une proposition est vraie ou fausse. Elle ne comporte aucune hésitation, aucun doute ; elle est une et n'a point de degrés; elle est ou elle n'est pas.

Comment se produit-elle dans notre esprit ? La philosophie n'admet, en général, que deux voies par lesquelles on peut arri-

[1] *De l'influence de la philosophie sur l'Inst. crim.*, t. IV, p. 1.

Digitized by Google

ver à la connaissance des choses : l'évidence et l'induction [1]. L'évidence est interne ou externe. L'évidence interne ou l'intuition est, suivant la définition de Descartes [2], la conception ferme qui naît, dans un esprit sain et attentif, des seules lumières de la raison. L'évidence externe suppose la notion du fait acquise par le rapport des sens, et l'affirmation de cette notion par l'intelligence qui la reçoit. L'induction, qui supplée à l'expérience personnelle, est un acte par lequel l'intelligence procède du connu à l'inconnu, en s'appuyant sur les lois de l'ordre physique ou de l'ordre moral, pour conclure de certains faits à d'autres faits de la même nature. Ce sont là les deux voies les plus sûres pour arriver à la science.

Mais si la certitude est la base évidente de la vérité, elle n'est pas la vérité elle-même. Elle réside, en effet, uniquement dans l'esprit de l'homme, et elle est dès lors indépendante de la vérité du fait ou de la proposition. « Je vois dans la certitude, a dit Filangieri, un état de l'esprit indépendant de la vérité ou de la fausseté de la proposition sur laquelle tombe cette certitude. Je puis croire vraie une supposition qui, de sa nature, est fausse; et cette opinion peut être dans moi une certitude. Je puis encore être sûr d'une proposition dont un autre doute, et douter de celle dont un autre est assuré [3]. » Combien de fois, en effet, l'erreur a-t-elle été l'objet de la certitude, et la vérité l'objet du doute? Combien de fois l'histoire a-t-elle dû enregistrer des croyances qui ont fait la foi de plusieurs siècles, et que les siècles suivants ont renversées? L'homme apporte dans la recherche la plus consciencieuse de la vérité les débilités de son esprit, l'imperfection de ses connaissances, les erreurs qui forment la plus grande part de ce qu'il appelle sa science. Cette pauvre certitude incertaine de l'esprit humain, suivant l'expression de Voltaire [4], n'est souvent que l'effet d'un mouvement irréfléchi, des préventions et des ignorances qui enveloppent l'intelligence, des illusions qui la trompent, des préjugés qui l'égarent. Chaque homme, suivant sa propre expérience, suivant la mesure différente de ses lumières et sa position sociale, suivant le milieu où il a vécu et

[1] Descartes, *Règles pour la description de l'esprit*, règle II.
[2] Eod. loc.
[3] *Science de la législ.*, t. I, p. 313.
[4] *Dict. philos.*, v° Certain.

Digitized by Google

les idées dont il est imbu, apporte dans l'appréciation des choses des dispositions diverses, et puise sa conviction dans les motifs les plus opposés. Il ne faut donc pas confondre les idées des faits qui viennent se refléter en nous-mêmes, et la réalité même de ces faits. La vérité ou la fausseté est dans la proposition; la certitude ou l'incertitude est dans l'esprit.

Et cependant tel est le fondement unique de la justice humaine. Il n'est pas donné à l'homme d'atteindre la certitude absolue; il doit se contenter d'une certitude relative, qui ne lui arrive qu'à travers toutes les passions et toutes les impuissances qui l'agitent et le compriment. Mais il lui appartient, du moins, soutenu qu'il est par l'idée de la vérité qui est *en lui*, de réagir, autant qu'il le peut, contre les causes d'erreur qu'il trouve, soit en lui-même, soit dans les faits extérieurs.

Quoique la certitude soit une en elle-même, et ne comporte pas de degrés relativement à l'esprit qui la conçoit, il est possible néanmoins d'en distinguer plusieurs espèces relativement aux causes qui la produisent. Il y a certitude intuitive, quand une proposition saisit l'esprit par son évidence même; et la certitude que produit l'induction, quand les choses n'arrivent à l'évidence que par suite d'une démonstration. La certitude raisonnée est mathématique, quand elle est le résultat d'une démonstration rigoureusement exacte; et morale, quand elle repose, soit sur l'appréciation des faits qui n'ont pas passé sous nos yeux, soit sur la déduction des lois et des idées généralement admises par la conscience humaine.

Or, la certitude morale que Filangieri définit : « la disposition d'esprit d'un homme assuré de la vérité d'une proposition relative à l'existence d'un fait qui ne s'est pas passé sous ses yeux, » est à la fois celle qui est le plus exposée aux périls de l'erreur et celle qui forme la conviction du juge. Il est donc nécessaire d'examiner s'il est possible de lui imposer, non des conditions qui la rendent plus forte, mais des épreuves qui soient la garantie qu'elle existe réellement.

En général, la certitude d'une vérité n'acquiert point par la démonstration de cette vérité un caractère plus absolu; car, après comme avant la démonstration, il n'y avait aucun doute. Mais si la démonstration n'ajoute rien à la certitude, elle la confirme et la rend plus inébranlable. Il y a quelque différence entre l'esprit qui affirme instinctivement et celui qui affirme après

Digitized by Google

vérification. Il est clair que le premier est plus réellement le maître de la vérité qu'il a ainsi conquise, que de celle qu'il avait reçue sans examen et sans contrôle [1]. Pourquoi les géomètres démontrent-ils quelquefois une proposition par elle-même évidente? C'est qu'elle gagne quelque chose à être démontrée; elle ne devient pas plus certaine, mais le doute devient plus impossible. Car « il est clair, dit Nicole, que nous sommes plus assurés de nos perceptions et de nos idées que nous ne voyons que par une perception d'esprit, que nous ne le sommes de tous les objets de nos sens [2]. » Il n'est donc pas inutile d'insister sur la démonstration, lors même que la certitude est déjà produite; on ne combat point un doute qui n'existe pas; on combat le doute qui pourrait venir [3].

Il faut appliquer cette observation à la certitude que fonde l'œuvre judiciaire. Cette certitude, de laquelle dépendent les biens les plus précieux, les droits les plus sacrés des citoyens [4], ne s'obtient que par la voie de l'induction, c'est-à-dire par l'étude attentive des faits et par le raisonnement; elle doit donc être essentiellement logique. Il ne suffit pas que la conviction soit instinctive; elle doit être raisonnée, elle doit se fonder sur des motifs solides, qui, déduits avec précision, l'expliquent et la confirment. Malebranche a dit : « L'erreur ne consiste que dans un consentement précipité de la volonté qui se laisse éblouir à quelque fausse lueur, et qui, au lieu de conserver sa liberté autant qu'elle le peut, se repose avec négligence dans l'apparence de la vérité [5]. » Ce sont ces vraisemblances qui prennent la place du vrai, ces simples perceptions qui ne représentent à l'esprit que les choses et non leurs rapports, toutes ces raisons imparfaites et confuses qui n'expliquent un fait qu'à demi, qu'il faut débattre avec la plus ferme attention, et faire passer au creuset de l'examen le plus sérieux. La certitude judiciaire ne doit pas précéder la discussion, elle ne doit que la suivre.

Il suit de là que plusieurs conditions sont essentielles à l'existence de cette certitude [6]. Ces conditions sont : 1° La vérification

[1] M. Jules Simon, *Logique*, p. 228.
[2] *Logique*, IVe part., chap. I.
[3] M. Jules Simon, *Logique*, p. 228.
[4] Mittermaïer, *Traité de la preuve*, p. 75.
[5] *De la méthode*, chap. II.
[6] Mittermaier, *Traité de la preuve*, p. 77.

Digitized by Google

attentive du fait et de toutes ses circonstances ; cette vérification comprend la constatation du corps du délit, l'examen des lieux, la recherche de tous les indices, même les plus légers, de tous les renseignements, même les plus accessoires, relatifs au caractère du fait, à la moralité du prévenu, à celle des témoins. « S'il restait l'ombre d'un doute, dit M. Mittermaïer, il n'y aurait pas de certitude possible pour le juge [1]. » 2° L'examen de toutes les hypothèses qui pourraient expliquer le fait incriminé. « La certitude, dit encore M. Mittermaïer, veut qu'un effort sérieux et impartial la précède, approfondissant et écartant les moyens qui tendraient à faire admettre la solution contraire. Celui qui désire la conquérir ne ferme jamais la porte au doute ; il s'arrête à tous les indices qui pourraient l'y conduire, et c'est quand il l'a complétement fait disparaître, que sa décision devient irrévocable [2]. » Voltaire avait déjà dit : « Il n'y a nulle certitude, dès qu'il est physiquement ou moralement possible que la chose soit autrement. Quoi ! il faut une démonstration pour oser assurer que la surface d'une sphère est égale à quatre fois l'aire de son grand cercle, et il n'en faudra pas pour arracher la vie à un citoyen par un supplice affreux [3] ! » 3° La démonstration de la vérité du fait par des motifs concluants. Cette démonstration, qui résume la vérification des faits et l'examen des différentes hypothèses que présente la cause, discute et écarte tous les doutes, pèse et apprécie toutes les raisons qui doivent fonder la conviction ; elle ne forme pas la certitude ; elle la motive, elle la soumet au contrôle d'une raison rigoureuse ; elle donne à la vérité la plus puissante garantie qui puisse lui être donnée.

A la vérité, même après cet examen et cette discussion des causes de la certitude, il est possible encore que ce que le juge admet comme vrai ne soit pas la vérité, que la conviction acquise puisse être ébranlée et détruite par des circonstances extraordinaires qui ont échappé aux recherches judiciaires. Mais tout ce qu'on peut demander à la justice humaine, c'est un examen consciencieux, c'est une certitude raisonnée. Il faut se confier un peu aussi aux lumières de la conscience, où se trouve écrite la loi du juste et de l'injuste. « L'esprit humain, a dit Descartes,

[1] Mittermaïer, *Traité de la preuve*, p. 78.
[2] *Ibid.*, p. 77.
[3] *Diction. philos.*, v° Certitude.

Digitized by Google

renferme je ne sais quoi de divin où les premières semences des idées utiles ont été déposées[1]. » Ces germes de la vérité, qui se trouvent dans l'esprit de l'homme, le disposent à la rechercher et à la reconnaître ; et il faut ajouter qu'il est rare qu'il ne la rencontre pas, quand il ne veut pas sortir des limites que la nature a posées à son activité, et quand il n'est traversé ni par ses passions, ni par ses intérêts. Enfin, la justice est satisfaite lorsque la certitude, sur laquelle reposent ses jugements, renferme les conditions que nous avons examinées ; le juge doit se croire alors en possession de la vérité, et la loi ne pourrait exiger d'autres garanties, sans ébranler les fondements mêmes de l'ordre. « Que si, dit M. Mittermaïer, la législation se refusait systématiquement à admettre la certitude, toutes les fois qu'une hypothèse contraire demeurerait imaginable, on verrait aussitôt les plus grands coupables impunis et par suite l'anarchie fatalement introduite dans la société[2]. » L'ordonnance criminelle de Prusse a exprimé cette idée avec une grande précision: « § 393. Le juge a une certitude suffisante quand il existe des motifs pleinement convaincants de la vérité du fait, et quand, d'après le cours ordinaire des choses, il serait difficile d'imaginer un motif grave du contraire[3]. »

Toutefois, il importe de ne jamais confondre la certitude avec les probabilités, quelque graves qu'elles soient. Entre le doute et la certitude se trouvent de nombreux degrés intermédiaires; ce sont les probabilités[4]. La certitude, nous l'avons dit, n'a point de nuances; la probabilité, essentiellement variable, en a un nombre infini; la certitude affirme la vérité ou la fausseté d'un fait; la probabilité, inclinant tantôt à croire, tantôt à ne pas croire, admet des chances favorables et des chances contraires. Elle peut approcher indéfiniment de la certitude, lorsqu'il s'agit de prévoir les événements de l'ordre physique; car, quelque variées que soient les formes de la nature matérielle, les lois qui les régissent n'en sont pas moins immuables. Mais elle ne peut plus avoir la même autorité, lorsque ses conjectures portent, non-seulement sur les événements de l'ordre moral, mais sur un agent moral et par conséquent libre, sur l'action d'un homme; car, « quoique l'histoire de l'humanité, considérée à de longs inter-

[1] *Règles pour la direction de l'esprit*, règle IV.

[2] Loc. cit., p. 79.

[3] Voy. dans ce sens Stubel, *Thathestand* (du corps du délit), § 166; Weber, *Archiv. des Criminalrecht*, t. VIII, p. 562, § 5.

[4] Richard Phillips, chap. VIII.

Digitized by Google

valles, nous permette de reconnaître certaines lois dans le développement des sociétés, il est évident qu'il y a de l'imprévu partout où la liberté humaine se déploie, et que si les prévisions qui ont l'humanité pour objet peuvent avoir une grande force quand il s'agit de l'humanité en général, elles ne peuvent guère en avoir quand il s'agit d'un homme en particulier[1]. »

Maintenant, par quels moyens le juge doit-il s'efforcer d'atteindre la certitude? par quels moyens doit-il tendre à fortifier ou détruire les probabilités?

Ces moyens sont les preuves que la loi met à sa disposition.

II. Les légistes ont multiplié les définitions de la preuve[2]. Il résulte de ce qui précède, qu'en thèse générale, on doit entendre par preuve tout moyen juridique d'acquérir la certitude d'un fait ou d'une proposition. M. Mittermaïer a dit dans le même sens : « La somme des motifs producteurs de la certitude se nomme la preuve[3]. »

Ce mot peut toutefois être pris dans une double acception, comme moyen de parvenir à la connaissance de la vérité et comme expression d'une vérité déjà acquise. « Le mot preuve, dit Bentham, a quelque chose de trompeur ; il semble que la chose qu'on appelle ainsi ait une force suffisante pour déterminer la créance ; mais on ne doit entendre par là qu'un moyen dont on se sert pour établir la vérité d'un fait, moyen qui peut être bon ou mauvais, complet ou incomplet[4]. » C'est ce dernier sens que nous lui donnerons ici.

Appliquée aux matières criminelles, la preuve prend une haute et difficile mission : elle ne saisit que des faits qui sont déjà consommés et dont elle doit faire revivre, à l'aide de quelques vestiges, le caractère réel et la physionomie; elle se propose de

[1] M. Jules Simon, loc. cit., p. 230.

[2] Voici quelques-unes de ces définitions : Accurse : Probatio est rei dubiæ per argumenta ostensio. — Balde : Probatio est fides veri legitimis modis et temporibus facta. — Mascardus : Probatio est ostensio rei dubiæ per legitimos modos judici facienda in causis apud ipsum judicem controversis (*de Probat.*, quæst. 2, n° 8).—Cujas : Probationes sunt testimonia vel instrumenta quibus fides veri constat (*Glos. ad tit. de prob. Dig*).—Domat : « On appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité. » (*Lois civ.*, liv. III, tit. VI.) — Danty : « C'est une conséquence légitime qui résulte d'un fait évident dont la certitude fait conclure qu'un autre fait, dont on ignorait la vérité, est véritable ou ne l'est pas. » (*Traité de la preuve par témoins*, n° 4.)

[3] *Traité de la preuve*, p. 63.

[4] *Traité des preuves judiciaires*, p. 24.

Digitized by Google

constater des actes que leurs auteurs ont cherché à dérober à tous les regards, de soulever les ombres dont ils les ont enveloppés, de retrouver des indices et des révélations dans des traces souvent à demi effacées ; enfin, elle doit éclairer des circonstances qui échappent aux sens et qui ne se passent que dans le for intérieur : l'imputabilité morale de l'agent, sa situation d'esprit au moment du crime, la lucidité de sa conscience, son intention entachée ou exempte de dol, et l'intensité du dol ; en un mot, toute la moralité de son action[1].

Or, comment parvenir à la certitude des faits aussi variables et aussi difficiles à percevoir que les faits de moralité ? Comment arriver à traverser pour ainsi dire l'âme humaine pour y saisir ses impressions, ses pensées, ses intentions, ses résolutions ? Existe-t-il une méthode juridique qui puisse conduire avec sûreté le juge, au milieu de toutes les obscurités de l'instruction, jusqu'à la vérité ? et, entre toutes les méthodes successivement expérimentées par les législateurs, quelle est celle que la raison doit préférer ?

Tel est le problème que soulève toute théorie de la preuve. Les notions qui précèdent, en posant les conditions qu'elle doit remplir, ont servi à éclairer les termes de la question. Il faut examiner maintenant comment notre législateur l'a résolue.

III. La théorie des preuves a varié suivant les mœurs, les coutumes et les lumières des peuples.

A Rome, les changements successifs des juridictions[2] n'exercèrent qu'une médiocre influence sur le principe de la législation. Ce principe était que la preuve, quelle qu'en fût la nature, ne liait pas strictement le juge, et n'avait qu'une force morale qu'il pouvait apprécier.

Il est vrai que, dans les premiers siècles de la République, les jugements populaires étaient, d'une manière plus absolue, libres de toutes règles en cette matière ; c'était la conviction, ou plutôt la volonté suprême du peuple qui prononçait[3]. Il est vrai encore que certaines règles commencèrent à se produire à l'époque des *quæstiones perpetuæ ;* on distingua les preuves écrites, les témoignages et la torture ; on assigna à la production de ces preuves des conditions et des formes que nous avons exposées

[1] Mittermaïer, p. 67.
[2] Voy. notre *Traité de l'inst. crim.*, t. Ier, chap. III, p. 34 et suiv.
[3] Conf. M. Mittermaïer, p. 10.

Digitized by Google

ailleurs[1]. Enfin, il faut ajouter que sous l'Empire, où la procédure écrite commença à prendre quelque développement[2], ces formes et ces conditions acquirent plus de précision et de prévoyance. Mais ces règles, qui avaient principalement trait à l'appréciation de la valeur des témoignages, ne touchaient point aux effets mêmes des preuves: le juge, quel que fût le nombre des témoins, demeurait libre d'apprécier leurs dépositions et d'exprimer la conviction qu'ils avaient laissée en lui-même. Cicéron pose nettement ce pouvoir : *Potest igitur testibus judex non credere? Cupidis, et iratis, et conjuratis, et ab religione remotis, non solum potest, sed etiam debet*[3]. Cette règle est reproduite dans le Digeste : *Confirmabit judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis, et quæ rei aptiora, et vero proximiora esse compererit : non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potens lux veritatis adsistit*[4].

On a cru apercevoir quelques traces d'une preuve légale, d'abord, dans les témoignages obtenus par la torture, ensuite, dans quelques textes qui énoncent les conditions d'une preuve valide. Mais la loi elle-même affirmait la fragilité des aveux arrachés par cet exécrable moyen : *quæstioni fidem non semper nec tamen nunquàm habendam, constitutionibus declaratur; etenim res fragilis est et periculosa et quæ veritatem fallat*[5]. Le juge devait donc nécessairement avoir la faculté d'en apprécier les résultats, et la même loi le reconnaît en termes formels : *causâ cognitâ, habenda fides an non habenda*[6]. Quant aux textes qui sembleraient indiquer une preuve légale, le principal est le suivant : *Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita*[7]. Or, quel est le sens de cette loi ? On y trouve un excellent précepte pour les accusateurs, la condition qui leur est prescrite d'appuyer leur accusation d'une preuve complète ; mais on n'y voit nullement que les témoins, même les plus idoines, que les

[1] Voy. notre *Traité de l'inst. crim.*, t. Ier, p. 82.
[2] *Ibid.*, p. 146.
[3] Lib. I, in Verrem, cap. XXXV.
[4] Arcadius, lib. XXI, § 3, *de Testibus*.
[5] Ulp., lib. I, § 23 et 25. Dig. *de Quæstionibus*.
[6] *Ibid.*
[7] Grat. Valent. et Theod., lib. XXV, Cod. *de Probationibus*.

Digitized by Google

documents, même les plus décisifs, que les indices, même les plus clairs, enchaîneront l'appréciation du juge et lui imposeront son jugement.

Il faut conclure que la législation romaine n'offre point un système de preuves ; qu'elle ne contient surtout aucune trace d'une preuve légale ; que ses textes renferment seulement des préceptes utiles sur le choix des témoins et la foi qui peut être accordée à leurs dépositions ; mais que le juge n'avait d'autre règle, quels que fussent les moyens d'instruction employés devant lui, que de suivre sa conviction.

IV. A l'époque mérovingienne, et jusqu'au VIIIe siècle, les preuves admises par les justices de France furent la preuve par témoins, le serment et les épreuves. Nous ne reproduirons pas les détails que nous avons donnés sur ces institutions [1]. Nous avons constaté qu'il existait deux sortes de témoins : les témoins proprement dits, qui attestaient ce qu'ils avaient vu et entendu, et ceux qui, par leur serment, *juratores*, *conjuratores*, attestaient la véracité d'une des parties. Ces derniers n'étaient point, à proprement parler, des témoins ; ils intervenaient comme une conséquence de la preuve par le serment. Dans l'origine, à défaut de témoins ou lorsque les témoins étaient contestés, le serment était déféré à l'accusé ; il purgeait l'accusation en déclarant qu'il était innocent. Dans la suite, on crut fortifier ce serment en y joignant l'adhésion des *conjuratores*. Enfin, à côté du serment des conjurateurs, les coutumes barbares avaient placé les épreuves, qui n'intervenaient toutefois que lorsque les preuves affirmatives étaient insuffisantes [2], et dont nous avons décrit les différentes formes [3].

Ce qu'il importe de remarquer ici, c'est que dans ces pratiques grossières on trouve les premiers germes de la preuve légale : le serment des conjurateurs, quand il remplissait les conditions qui lui étaient prescrites ; l'épreuve du fer chaud, de l'eau froide, ou toute autre, décidait la cause ; la loi avait attaché à ce serment ou au résultat de cette épreuve une force probante ; c'était une preuve fictive substituée aux preuves réelles ; le juge était tenu d'y conformer sa sentence. Ainsi, ce n'était plus, dans ce régime barbare, la preuve morale qui dictait le jugement, c'était

[1] Voy. notre *Traité de l'inst. crim.*, t. Ier, p. 225 et suiv.
[2] *Ibid.*, t. Ier, p. 236.
[3] *Ibid.*, p. 237.

Digitized by Google

le parjure des proches de l'accusé ou le hasard d'une épreuve.

Vers le xe siècle, le duel judiciaire, déjà depuis longtemps en pratique, suppléa généralement et la preuve par témoins et les autres épreuves. Les juges précisaient le point de la contestation, ordonnaient le combat et constataient le résultat ; la sentence était le jugement de Dieu et non plus du juge. Toute appréciation du fait était supprimée ; le sort du combat décidait tout.

Mais dès le xiie siècle, cet étrange système de preuve s'était profondément modifié. Les justices seigneuriales, qui se développaient alors, avaient peu à peu repris la preuve par témoins et en avaient fait le principal élément de l'instruction des procès; nous avons exposé les formes qui présidaient à leur audition [1]. La preuve par gages de bataille, subsistante encore, mais de plus en plus resserrée dans d'étroites limites, avait cessé d'être applicable en matière de crimes contre les propriétés, comme le vol, l'incendie [2]; lorsque le crime, quel qu'il fût, était flagrant et notoire, et enfin dans tous les cas où l'accusateur n'apportait aucun indice à l'appui de son accusation. Enfin, un nouveau moyen de preuve, la torture, empruntée, soit aux lois romaines, dont l'étude se répandait déjà, soit aux coutumes des Francs qui l'appliquaient à leurs esclaves, commençait à pénétrer dans la pratique judiciaire [3]; son usage, qui se généralisa dans les xiiie et xive siècles, fut la conséquence de la procédure inquisitoriale dont tous les ressorts, secrètement mis en œuvre, tendaient à obtenir l'aveu de l'accusé [4].

Au reste, la règle, née de l'application des épreuves et qui attribuait à chaque preuve une valeur fixe et déterminée, se développait de plus en plus. Maintenue par le dernier débris des épreuves, la preuve par gages de bataille, conséquence indirecte de l'application de la question, elle commençait à envahir jusqu'à la preuve testimoniale. On trouve déjà, en effet, parmi les règles de la procédure de cette époque, que deux témoins font preuve complète des faits qu'ils affirment [5] ; que les écrits n'admettent pas de preuve contraire [6] ; que la partie qui ne produit

[1] Voy. notre *Traité de l'inst. crim.*, t. Ier, p. 329.
[2] *Ibid.*, p. 325.
[3] *Ibid.*, p. 541.
[4] *Ibid.*, p. 545.
[5] Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, XXXIV, 5 et 40. *Assises de Jérusalem*, c. 203 et 259.
[6] *Ibid.*, cap. XXXIX, 3.

Digitized by Google

pas ses témoins dans un délai déterminé « pert sa querele et ne peut plus recouvrer à proeve [1]; » que lorsque les deux parties produisent chacune un certain nombre de témoins, celle qui produit le plus grand nombre doit gagner sa cause : « la partie qui par plus de témoins proveroit, gaigneroit [2]. »

V. La procédure extraordinaire, qui envahit la justice criminelle à la fin du xve siècle, ne fit qu'apporter à ce nouveau principe une plus grande force. Les ordonnances de Charles-Quint de 1532, et de François Ier de 1539, sans organiser complétement un mode nouveau de preuve, recélaient en elles-mêmes les germes de cette organisation. Les légistes, en s'appuyant tantôt sur les textes du droit romain, tantôt du droit canonique, et en développant surtout les conséquences du principe inquisitorial, se chargèrent de les formuler; de là la théorie des preuves légales dont nous avons exposé les principales bases [3].

Le principe de cette institution était de matérialiser la preuve de manière à ce qu'elle fût attachée au fait lui-même et non à l'appréciation que le juge en pouvait faire; cette appréciation lui était en quelque sorte interdite; il n'était qu'un instrument impassible chargé de vérifier chaque élément, chaque circonstance du fait, et d'évaluer, suivant des prescriptions doctrinales, sa valeur probante. Il importait peu que cette évaluation fût ou non conforme à sa conviction intime; il ne jugeait pas; il se bornait à spécifier, en les caractérisant, les aveux, les témoignages, les présomptions et les indices : chacune de ces circonstances avait un effet légal; il y avait à cet égard une sorte de tarif : c'était une opération toute mathématique : la sentence n'était qu'une déduction des preuves établies par l'instruction [4].

Ainsi, la preuve était *pleine* quand elle était formée, soit par un titre authentique, où la preuve littérale était admise, soit par la confession de l'accusé, quand elle réunissait les conditions légales, soit par la déposition de deux témoins du fait, soit par de très-graves indices : le juge se bornait à constater la confession,

[1] *Ibid.*, cap. XXXIX, 21.

[2] *Ibid.*, cap. XL, 35.

[3] *Traité de l'inst. crim.*, t. Ier, p. 647.

[4] J. Clarus, quæst. 66; Farinacius, quæst. 62 et 69; Imbert, liv. IV, chap. XLVII; Kressius, *Comm. in Const. Car.*; Mascardus, *de Prob*, quæst. 1230; Grassini, Def. 28; Boerius, Dec. 164; Crusius, cap. v, 1 et 4; Gui pape, quæst. 339.

Digitized by Google

les témoignages ou les graves indices, et, cette constatation faite, la condamnation était de plein droit, quelle que fût d'ailleurs sa conviction. Son office ne consistait plus qu'à la prononcer.

La preuve était *semi-pleine*, lorsque les indices n'étaient pas très-graves; telle était la déposition d'un seul témoin ou la confession extrajudiciaire. Cette preuve était insuffisante pour motiver la condamnation; mais elle suffisait pour ordonner l'application de la question; elle suffisait encore pour justifier, non point la peine applicable au crime qui était l'objet de l'accusation, mais une peine moindre [1]. On distinguait aussi la preuve au delà ou en deçà de la demi-preuve, et la jurisprudence attachait à l'une et à l'autre des effets déterminés.

Chaque preuve était soumise à des règles spéciales. La preuve *vocale*, qui consistait dans la confession de l'accusé, admettait des degrés infinis, suivant qu'elle était volontaire et spontanée, provoquée ou arrachée par la question, simple ou qualifiée, complète ou partielle, directe ou indirecte. La preuve *littérale*, employée dans les accusations de faux, d'usure, de complot, de parjure et d'hérésie, avait également des nuances diverses suivant que l'écrit constatait le corps du délit, et ne permettait que des inductions, suivant qu'il émanait de l'accusé ou d'un tiers, etc. La preuve *testimoniale*, féconde en difficultés, était soumise à des règles multipliées soit sur l'idonéité des témoins, soit sur les conditions de la validité de leurs dépositions : elle n'avait de force légale qu'autant que les témoins n'étaient l'objet d'aucuns reproches, que leurs déclarations étaient concluantes, concordantes entre elles et juridiques. Enfin, la preuve *conjecturale*, qui se tirait des indices, signes, adminicules et présomptions, ouvrait le plus vaste champ aux subtilités doctrinales : les indices, déduits de chaque espèce de crimes, étaient, en général, *violents*, *graves* ou *légers*. Plusieurs indices légers formaient un indice grave; un indice grave valait à peu près une demi-preuve; deux indices graves équivalaient à un indice violent; un indice violent suffisait pour l'application de la torture; plusieurs indices de cette espèce suffisaient à la condamnation définitive. Au surplus, toutes ces combinaisons systématiques des faits probants, dont nous ne faisons ici que rappeler quelques traits, ont été exposées par nous dans leurs principaux détails [2].

[1] Caprow., *Proc. crim.*, quæst. 6.

[2] Voy. notre *Traité de l'inst. crim.*, t. Ier, p. 647.

Digitized by Google

VI. Cette savante et périlleuse théorie des preuves légales, péniblement élaborée par la science subtile et étroite des criminalistes du XVIe et du XVIIe siècle, ne put résister au souffle philosophique du XVIIIe. Beccaria commença par poser en principe que la certitude essentiellement requise en matière pénale, ne peut être renfermée dans les règles d'une preuve scientifique [1]. Filangieri démontra plus tard que cette certitude ne peut résider que dans la conscience du juge [2]; ce principe, qui substituait à l'édifice des faits probants la conviction du juge, à la preuve juridique la preuve morale, devint la base de la réforme de nos lois criminelles.

L'Assemblée constituante fut saisie de la question par le rapport que fit M. Duport, à la séance du 26 décembre 1790, au nom des comités de constitution et de jurisprudence criminelle. Le projet proposait de supprimer devant le jury toute preuve écrite, et de ne donner à sa déclaration d'autre fondement que sa conviction intime basée sur le débat oral.

L'article 24 du titre VI de la loi du 17-29 septembre 1791, consacra le principe de la preuve orale en termes formels, et l'instruction du 29 septembre suivant le précisa dans les termes suivants : « C'est particulièrement sur les dépositions et le débat qui ont eu lieu en leur présence, que les jurés doivent asseoir leur conviction personnelle; car c'est de leur conviction personnelle qu'il s'agit ici; c'est elle que la loi leur demande d'énoncer, c'est à elle que la société, que l'accusé s'en rapportent. » L'article 372 du Code du 3 brumaire an IV ne fit que reproduire les termes de cette instruction.

Il pose avec précision et fermeté l'abolition de la preuve légale et le nouveau principe qui donne pour base au jugement la conviction intime du juge. La loi ne se borne même pas à formuler une règle générale; elle pousse sa sollicitude jusqu'à proscrire nommément toute preuve, dont la force serait uniquement fondée, soit sur des pièces écrites, soit sur un certain nombre de témoins, soit sur des indices d'une certaine gravité; elle n'accorde de puissance légale à aucune preuve, elle les livre sans restriction à l'appréciation du juge; elle ne veut pas enchaîner sa conscience; elle lui laisse la pleine liberté d'évaluer chaque témoignage, chaque indice; et de former, dans son for

[1] Des *Des délits et des peines*, chap VI et VIII.
[2] *Science de la législation*, lib. III, chap. XV.

Digitized by Google

intérieur, d'après tous les éléments qu'il a recueillis, son intime conviction. C'est cette conviction qui est la seule base du jugement.

VII. De là il faut conclure que notre Code a fait la plus complète application des principes de l'intime conviction du juge.

En effet, si le seul moyen de reconnaître la vérité d'un fait ou d'une proposition est la certitude que nous ressentons en nous-mêmes que ce fait existe ou n'existe pas, que cette proposition est exacte ou erronée, il faut conclure que l'intime conviction du juge doit être le seul fondement de la justice humaine.

Cette conséquence est incontestable. Il n'y a pas pour acquérir la vérité dans la matière judiciaire, d'autre voie que pour l'atteindre dans toute autre matière. La justice n'a pas d'autre instrument et d'autre organe que l'homme lui-même ; or, comment l'homme parvient-il à comprendre la vérité, si ce n'est par son intelligence qui perçoit les faits et les idées, et par sa conscience qui les examine et les apprécie ? La certitude morale qu'il acquiert est donc la véritable base de la certitude judiciaire. Que celle-ci soit précédée d'un plus mûr examen, qu'elle soit accompagnée de formes qui puissent la préserver de l'erreur, cela doit être et c'est le devoir du législateur. Mais ces garanties, quel que soit leur effet, ne changent pas le principe : au *moment où le* juge, après avoir vérifié tous les faits en suivant les formes légales, se recueille et discute les motifs de la certitude qui se forme en lui-même, cette opération de son esprit, qui est la même que celle qui se développe chez tout autre homme qui veut se convaincre de la vérité d'un fait, échappe à l'action de la loi ; c'est en lui que résident les forces nécessaires pour apprécier les faits ; ce sont ses propres impressions qu'il doit étudier ; c'est sa conscience qui formule le jugement.

De toutes les garanties de la certitude, n'est-ce pas là la seule qui soit efficace? La loi doit-elle, soit pour subvenir à la faiblesse du juge, soit pour apporter quelque limite à un pouvoir illimité, lier sa conviction par ses propres règles ou la remplacer même par une sorte de conviction légale ? Qu'il nous soit permis d'énoncer d'abord une considération toute philosophique qui n'est pas étrangère à la question, car cette question appartient à la philosophie autant qu'à la science du droit.

Il est dans la nature de l'homme de graviter de lui-même, comme toutes les choses créées, vers la fin de la création, qui

Digitized by Google

est l'ordre universel ; il aspire, par ses secrètes tendances et ses penchants intimes, à tout ce qui est bien, à tout ce qui est vrai, à tout ce qui est beau : il est soumis à une loi primitive qu'il trouve innée en lui-même. Cette loi, préexistante à toutes choses, éternelle parce qu'elle est vraie et qui puise sa force non dans la volonté de Dieu qui ne fait que la révéler, mais dans sa vérité même, est la loi morale. Emanée de l'ordre universel, elle en manifeste l'harmonie, elle fait luire comme un rayon de sa clarté. Elle fait connaître ce qui est bien en soi et, indépendamment de toute convention, *ipsum bonum non opinionibus sed naturâ ;* elle le distingue du mal, elle sépare le juste de l'injuste, la vérité du mensonge ; elle ordonne de faire les choses qui sont conformes à ses règles, de ne pas faire celles qui leur sont contraires : *ratio summa, insita in naturâ, quæ jubet ea quæ facienda sunt, prohibet que contraria* [1]. Elle tend en même temps à développer les facultés de l'homme, à l'initier à la connaissance des vérités éternelles.

La loi morale, qui s'éveille dans les instincts et les pensées de l'homme, pour ainsi dire avec la vie, confuse d'abord, puis plus distincte à mesure que son intelligence s'éclaire, que ses facultés s'affermissent, se manifeste avec évidence aussitôt que, s'étudiant lui-même, il interroge le sentiment intime qui est en lui et qu'il nomme la conscience. La conscience a été définie avec justesse : une espèce de tact qui, dans chaque circonstance, fait sentir le caractère bon ou mauvais des actions [2]. C'est une perception de l'ordre moral incomplète, mais suffisante néanmoins pour servir de guide ; une lumière intérieure qui se projette sur tous les faits de la vie, un juge qui apprécie toutes les actions et les approuve ou les blâme : *conscientia est animi nostri interior scientia, tacitum qui judicium à communi justitiæ formulâ in nobis à Deo insitâ, bonum à malo dijudicans* [3]. Elle se révèle surtout dans les jugements qu'elle rend hors de nous-mêmes et sur les actions d'autrui. Dégagée alors des préoccupations de l'intérêt personnel, libre des passions qui obscurcissent souvent sa vue, elle fait entendre sa voix avec plus de force, elle proclame ses jugements avec plus de netteté, et c'est alors qu'on

[1] Cic., *de Legibus*, lib. I, § 6.
[2] Jouffroy, *Droit naturel*, t. I, liv. II.
[3] Déclanus, *Tract. crim.*, cap. XII, n. 1.

Digitized by Google

doit dire avec un vieil auteur : *Forus conscientiæ est forus veræ justitiæ* [1].

Tout homme porte donc en soi un secret instinct de la beauté morale, de la vertu, du bien ; il s'incline au fond de son âme devant ces idées et leur rend hommage. Il trouve à la fois en lui-même un amour naturel de la vérité, il la recherche en toutes choses, il fait des efforts pour la pénétrer, il est satisfait quand il croit l'avoir reconnue. Que si quelques-uns, emportés par leurs passions ou par leurs besoins, refoulent ces purs instincts et se livrent au désordre ou semblent se plaire dans l'erreur, c'est que les êtres libres dont l'intelligence est finie sont sujets à s'égarer ; mais les aberrations de la raison sont-elles un motif de nier la raison ? Parce qu'un sentiment naturel a été perverti, s'ensuit-il qu'il n'existe pas ? La conscience peut être obscurcie ou corrompue comme toutes les facultés humaines, mais quand elle se développe librement, quand elle s'applique surtout à des actes qui n'intéressent pas directement l'homme qui en ressent les mouvements, ses jugements instinctifs ne sont jamais désavoués par la raison.

C'est là la garantie la plus sûre de la justice. Le juge a pour lumière la loi morale et pour guide sa propre conscience. Y a-t-il lieu de craindre que cette lumière ne vacille, que son sentiment intime ne dévie de la vérité ? Il n'est appelé à prononcer que sur des faits qui lui sont étrangers, où ni ses passions ni ses intérêts ne se trouvent mêlés, qui sont placés en dehors de sa vie. Il peut donc se livrer librement au mouvement instinctif qui l'entraîne vers ce qui est bien, il peut donc suivre les secrètes tendances qui l'attirent vers la vérité. La conviction qu'il acquiert est donc la plus forte qu'il soit donné à l'homme de ressentir.

Enfin le juge trouve un appui dont il ne faut point méconnaître la force, dans le sentiment du devoir que sa fonction lui impose. Cet instinct naturel qui fait incliner tous les hommes vers la vérité, se fortifie chez lui par l'obligation même où il est de la chercher. N'est-il pas juste d'admettre que sa conscience, plus sévère, plus exigeante que celle d'un homme qui n'a pas le même lien, doit être aussi plus puissante pour percevoir la vérité ? que, mieux placé pour observer les faits, plus exercé à diriger ses investigations, déployant plus d'efforts, il doit plus souvent l'attein-

[1] Decianus, *Tract. crim.*, cap. XII, n. 3.

Digitized by Google

dre ? N'y a-t-il pas lieu de penser que, soutenu dans sa difficile tâche par la solennité des preuves qui l'environnent, par la publicité qui éclaire ses actes, par la multiplicité des moyens d'instruction dont il dispose, par l'importance même des intérêts sur lesquels il prononce, il semble suffisamment armé contre toutes les erreurs ?

Nous arrivons donc à ce premier résultat, que deux causes générales agissent sur les déterminations du juge : l'amour de la vérité, inné chez l'homme, et le devoir de la constater, que sa fonction lui commande. C'est sous l'influence de ces deux lois qu'il recueille, dans tous les éléments que la procédure écrite et la procédure orale placent sous ses yeux, cette preuve morale, qui ne peut être ni prévue ni définie par la loi, qui n'a point de base fixe, point de règles précises, et qui seule, entre toutes les preuves, peut conduire à la certitude.

VIII. Nous touchons maintenant une seconde face de la question. Cette preuve morale est-elle une base suffisante des jugements? Suffit-il à la loi que le juge, dans la recherche de la vérité, trouve en lui-même une puissance instinctive qui le guide ? Ne doit-elle pas lui demander compte de sa conviction, lui tracer des règles fixes qui doivent la diriger, la soumettre à des motifs fixes et déterminés ? En un mot, à la preuve morale, n'y a-t-il pas lieu de préférer une réglementation légale de la preuve ?

Une première observation doit prendre place ici. Nous ne confondons nullement la preuve légale que nous avons décrite dans notre ancien droit, avec celle qui vit encore dans les législations de l'Allemagne, et qui a été récemment expliquée et soutenue par M. Carmignani [1] et M. Mittermaïer [2]. Il est certain que le droit commun allemand peu à peu dégage le principe de ses conséquences les plus périlleuses, et que les règles qui enveloppent les preuves aujourd'hui, semblent plutôt destinées à sauvegarder l'accusé des erreurs du juge, qu'à guider sûrement celui-ci dans la recherche de la vérité [3]. Il ne faut pas perdre de vue, d'ailleurs, que l'Allemagne n'a pas émis le jury, et que l'opinion qui soutient encore la nécessité d'un système légal de la preuve

[1] *Teoria delle leggi*, t. IV, cap. VI et VII.
[2] *Traité de la preuve*, chap. X.
[3] Lois de Wurtemberg, de Bade et de Bavière.

Digitized by Google

est essentiellement liée au maintien des juges permanents [1].

Il faut poser nettement le point litigieux. Nul ne conteste que la loi ne doit régler la forme et les solennités des preuves. On peut admettre encore, quoique avec plus de difficulté, qu'elle peut, par de sages prévisions et par des principes généraux, déterminer les conditions qui assignent à chaque moyen de preuve sa valeur propre, pourvu, toutefois, que ces principes ne soient que des préceptes indicables et non obligatoires, pourvu qu'ils éclairent la marche du juge sans l'enchaîner et le laissent libre de suivre sa conviction. C'est dans ce sens que nous avons signalé les écrits des légistes du XVIe siècle comme une source féconde des règles les plus sages et les plus lumineuses sur l'appréciation des aveux, des témoignages et des indices [2]. Mais ce n'est point là une théorie légale de la preuve; ce qui constitue cette théorie, ce n'est ni l'indication des preuves, ni la forme ou les conditions de leur production; c'est uniquement leur caractère obligatoire, c'est l'effet nécessaire, quelque restreint qu'il soit, soit dans un sens soit dans l'autre, que la loi y attache. Or, quelque affaibli et limité que soit ce principe, il vit encore dans plusieurs législations [3], dans les écrits de quelques criminalistes [4], et c'est là le point qu'il faut examiner.

On comprend que les légistes, hommes de *science*, *penchent* instinctivement vers un système qui donne à la certitude une base purement scientifique, appuyée sur des règles fixes. Après avoir posé, par exemple, les conditions qui seules peuvent attribuer à un aveu, à un témoignage, une force probante, faut-il donc abandonner ces règles savantes à l'appréciation arbitraire du juge? Faut-il, mettant de côté les sages maximes qu'une longue expérience a consacrées, l'abandonner à son libre arbitre? N'y a-t-il pas lieu de craindre qu'il accorde à telle preuve une puissance trop grande, à telle autre une trop minime, qu'il n'étudie pas suffisamment les caractères de chacune, qu'il ne cherche pas si elles concordent les unes avec les autres? La science doit-elle délaisser le terrain qu'elle avait conquis pour le livrer à la libre volonté de l'homme?

[1] M. Mittermaïer, p. 101, note 2, p. 133, 134 et 135.
[2] Voy. notre *Traité de l'inst. crim.*, t. I, p. 650.
[3] Lois de la Bavière, de la Prusse et de l'Autriche.
[4] Mittermaïer, chap. X; Carmignani, cap. VII.

Digitized by Google

Ces observations ne sont point dénuées de gravité. Il est facile cependant d'y répondre. Nous avons vu que les décisions judiciaires ne peuvent avoir qu'un seul fondement, la certitude. Faut-il distinguer la certitude légale et la certitude morale? Qu'est-ce que la certitude légale? C'est celle qui résulte de la production des moyens de preuve auxquels la loi accorde une force probante. Or, est-ce là une certitude réelle? n'est-ce point une fiction? Est-il certain qu'un fait existe parce que deux témoins l'affirment, ou parce que celui auquel il est imputé en a fait l'aveu? et le même fait cesse-t-il d'être certain, parce qu'il n'est attesté que par un seul témoin ou par des indices? La source de la certitude est-elle dans l'affirmation des témoins, dans leur nombre, dans le caractère des indices, dans l'aveu du prévenu? Elle est dans mille circonstances matérielles ou morales, dont l'esprit ne se rend pas compte au moment où elles agissent sur lui, et qui en déposent le germe à notre insu dans notre conscience. Deux témoins *de visu*, par exemple, font une déclaration; c'est une maxime légale, maxime sage en général, que ces deux témoins, d'ailleurs intègres, doivent faire preuve. Mais vous remarquerez que leur voix est émue, que leur parole trahit quelque hésitation, qu'ils étaient sous l'empire d'un sentiment violent lorsqu'ils ont vu le fait qu'ils rapportent, que leur affirmation laisse entrevoir quelque anxiété, quelque inquiétude; est-ce que cette affirmation produira la certitude dans votre esprit? Un accusé avoue le crime qui lui est imputé; mais cet aveu, qui n'exprime ni repentir ni regrets, qui n'explique pas toutes les circonstances du fait, qui laisse des doutes sur quelques-unes, laisse une impression pénible, on en cherche le sens et le but, on se demande s'il n'est pas dicté par quelque intérêt qu'on n'aperçoit pas encore. Est-ce qu'un tel aveu peut être la base unique d'une condamnation? La certitude peut s'attacher à la déposition d'un seul témoin, s'il est ferme, éclairé et s'il est sûr de ce qu'il a vu; elle peut même se puiser uniquement dans les faits qui ne sont que des indices. Il n'y a pas de loi qui puisse la commander ou la régler; elle est, comme la pensée, essentiellement libre et indépendante de tout pouvoir extérieur. On peut se rendre compte des causes qui l'ont produite, lorsqu'elle existe; on ne peut jamais la faire naître arbitrairement et lui imposer des causes légales qu'elle apprécie et qu'elle peut rejeter.

Ensuite, n'est-il pas contradictoire de vouloir soumettre à des

Digitized by Google

règles fixes, invariables, la constatation des actions humaines qui sont essentiellement mobiles et variables, qui diffèrent à l'infini les unes des autres par la pensée qui les anime, par la différence de leur but, par les faits de leur exécution? Est-ce que les actes, tantôt simples et tantôt compliqués, là facilement perceptibles, ici obscurs et composés d'éléments abstraits, peuvent être saisis par les mêmes moyens, fixés par les mêmes preuves? Est-ce que deux témoignages, est-ce que deux aveux sont identiques dans leur valeur morale? Est-ce que la même preuve exercera la même influence sur des juges différents eux-mêmes par leur caractère, par leur intelligence, par leur expérience? On prétend leur dire: Vous croirez tel fait quand vous aurez constaté telle ou telle circonstance; vous n'y croirez pas, quand vous n'aurez pas réuni ces éléments. Mais ces circonstances, ce sont des témoins, ce sont des déclarations, ce sont des indices; or, est-ce que ces indices et ces témoignages, fussent-ils matériellement identiques, ne sont pas susceptibles d'une appréciation diverse Comment donc y attacher, par un lien étroit, la croyance du juge, qui ne dépend que du libre arbitre, qui est la conscience elle-même? Ou la loi doit donner pour base aux jugements la conviction même du juge, et une théorie légale de la preuve incompatible avec cette conviction, ou elle doit prendre une autre base : et quelle sera-t-elle?

Il n'y a pas d'autre *criterium* de la vérité, on l'a déjà dit, que la certitude morale, c'est-à-dire la conscience humaine. La justice pénale, si elle veut remplir sa mission, si elle veut conformer ses lois et ses formes aux prescriptions de la loi morale, ne doit point avoir d'autre appui. Ce n'est qu'en prenant pour intermédiaire la conscience du juge qu'elle peut parvenir, non-seulement à percevoir la vérité, mais encore à saisir les nuances qui séparent les actions, à graduer les châtiments suivant la gravité des délits. La preuve morale, c'est-à-dire la libre impression laissée dans la conscience du juge par l'instruction, telle est donc la seule preuve qui soit en rapport avec la nature des faits qu'il s'agit de constater, la seule méthode qui puisse conduire à connaître le vrai et le faux en matière pénale.

Maintenant est-il permis de dire que cette méthode, contraire, il faut le reconnaître, à de nombreux travaux de droit, soit en opposition avec le progrès scientifique? Ce progrès consiste tout entier à nos yeux dans la substitution d'une règle simple, ration-

Digitized by Google

nelle, puisée dans la nature même de l'homme, aux règles subtiles et compliquées qui, en analysant tous les actes humains, en méconnaissaient la moralité et, en posant les règles des opérations du jugement, finissaient par l'égarer. La science, dont les longs travaux, monuments de l'expérience de ses plus savants légistes, n'auront plus d'application nécessaire, exalte leur importance et leur utilité ; elle ne veut pas apercevoir que ces travaux, faits pour suppléer à l'instruction orale et à la publicité du débat, et garanties indispensables de la justice, quand la justice, garrottée par le secret de la procédure, pouvait s'égarer à chaque pas, n'ont plus la même application quand la recherche de la vérité, livrée à tous les moyens nécessaires d'investigation, est devenue une opération du bon sens au lieu d'une opération scientifique. Ce n'est pas qu'il faille rejeter toutes les judicieuses règles logiquement élaborées par les légistes sur l'administration des preuves, leur valeur relative, les conditions qui les rendent efficaces, les formes qui doivent les accompagner. Ces règles n'ont pas cessé d'être de précieux enseignements ; l'œuvre de la science sera toujours de les déduire de l'étude de la nature morale et de les approprier à la pratique judiciaire. Mais ce n'est plus qu'à titre de préceptes et de conseils qu'elles doivent être émises. Il est de l'essence de la preuve morale de n'apporter aucune entrave à l'indépendance de la conscience. La conviction ne peut exister qu'à condition d'être complétement libre.

FAUSTIN HÉLIE,

Conseiller à la Cour de cassation.

COUPES DE BOIS. — BOIS GISANTS. — REVENDICATION.

L'État, ou tout autre propriétaire, vendeur d'une coupe de bois, a-t-il le droit de revendiquer les bois gisants sur place dans le parterre de la coupe, en cas de non-payement par l'adjudicataire failli?

Pour apprécier l'importance de la question, il faut se rappeler qu'il existe en France 8,785,341 hectares de bois [1]. En

[1] Voy. l'exposé des motifs du budget de 1851, par M. Fould, ministre des finances, *Moniteur* du 5 avril 1850, p. 1104.

Digitized by Google

évaluant à 20 francs par hectare le produit brut annuel, il s'élèverait à 175,706,820 francs. Cette évaluation est bien inférieure au rendement proportionnel des bois de l'État; nous croyons donc qu'elle est au-dessous de la réalité. Il faut en distraire les coupes affouagères qui sont délivrées en nature aux habitants des communes et aux établissements publics, et celles qui sont exploitées directement par les propriétaires; le surplus forme le montant des ventes de coupes pour lesquelles les propriétaires courent les chances d'insolvabilité des acheteurs, et qui font naître l'intérêt de la question proposée.

La jurisprudence de la Cour de cassation et des Cours impériales se prononce pour la solution négative de la question ci-dessus [1]. Les motifs qui servent de base à cette opinion sont : 1° que les propriétaires de coupes n'ont pas le privilége accordé au vendeur d'effets mobiliers par l'article 2102, n° 4, Code Nap., puisque l'article 550 Code com. refuse nettement ce privilége en cas de faillite; 2° qu'ils n'ont pas le droit de rétention autorisé par l'article 577 Code com.; car nous supposons la coupe délivrée à l'acheteur, et celui-ci en possession de cette coupe dont l'exploitation est commencée; 3° qu'enfin ils n'ont pas la revendication établie par l'article 576 du même Code, par la raison que le parterre de la coupe doit être considéré *comme le magasin* de l'adjudicataire, et que, dès lors, le propriétaire de la coupe ne se trouve plus dans les termes prévus par le texte pour exercer son droit de revendication.

Les deux premiers motifs me paraissent juridiques. — Je suis d'accord, avec les arrêts cités, que les propriétaires de forêts, quels qu'ils soient, n'ont pas de privilége sur les bois restants dans les coupes vendues; le texte de l'article 550 Code com. est précis.

Il en est de même du droit de rétention réglé par l'article 577 du même Code; ce droit suppose l'absence de délivrance : or, l'adjudicataire qui a commencé son exploitation en vertu du permis exigé par l'article 30 du Code forestier pour les bois de l'État et autres soumis au régime forestier, ou du consentement des propriétaires pour les bois des particuliers, cet adjudicataire, dis-je, n'est évidemment pas dans les termes de l'article 577; on ne peut

[1] Voy. C. cass., 9 juin 1845; Sir., 45, I, 658;—*id.*, 4 août 1852; Sir., 52, I, 705; — Nancy, 28 décembre 1829; Sir., 30, II, 60;— Paris, 8 août 1845, *après partage*; Sir., 45, II, 540; — Amiens, 12 janvier 1849; Sir., 49, II, 143.— Mais voy. en sens contraire, M. Pardessus, t. IV, n. 1287.

Digitized by Google

pas dire que les marchandises vendues, c'est-à-dire les coupes, *ne lui ont pas été délivrées*. La délivrance est faite, et il n'y a plus lieu à *retenir* ce qui a été une fois délivré.

En est-il de même du droit de revendication? Peut-on dire que la *tradition a été effectuée dans les magasins de l'acheteur failli*, comme le veut l'article 576 Code com., pour faire cesser le droit de revendication? Je ne le pense pas.

Pour résoudre la difficulté, il faut remarquer qu'il existe des différences infinies entre la rétention et la revendication : la première suppose que le contrat de vente est resté à l'état d'engagement personnel entre le vendeur et l'acheteur ; la marchandise *n'a pas été délivrée;* l'acheteur n'est donc pas en possession ; par conséquent, les tiers n'ont pas dû considérer les marchandises achetées par lui comme étant le gage commun de ses créanciers, aux termes de l'article 2093 du Code Nap.; ils ont dû savoir que, d'après les articles 1141 et 2279 du même Code, ces effets mobiliers pouvaient passer entre les mains d'autres acquéreurs de bonne foi. Il n'y a donc rien de plus légitime et de plus équitable que la disposition de l'article 577 Code com. sur le droit de rétention accordé aux vendeurs de marchandises non encore délivrées.

Le droit de revendication suppose, au contraire, la tradition faite par le vendeur à l'acheteur; c'est l'idée qu'emporte le mot juridique de *revendication ;* on ne revendique que les choses que l'on a cessé de posséder; si la possession avait continué d'exister en faveur du vendeur, il n'aurait pas besoin de recourir à la revendication, la rétention lui suffirait. Ainsi donc, ces deux droits de *revendication* et de *rétention* s'excluent ; celui-ci supposant la possession encore au pouvoir de l'acheteur, celui-là supposant, au contraire, qu'il l'a perdue.

Cela posé, il y a des traditions qui font perdre au vendeur de choses mobilières le droit de revendication; il y en a d'autres qui lui conservent ce droit. La tradition qui produit le premier effet est, aux termes de l'article 576 Code com., celle qui *a été effectuée dans les magasins de l'acheteur failli*, ou, ce qui est la même chose, *dans ceux du commissionnaire chargé de la vente pour son compte*. Cette disposition est parfaitement raisonnable ; une fois les marchandises entrées de la sorte dans les magasins de l'acheteur, le public n'est plus obligé d'en rechercher l'origine ni de s'enquérir du point de savoir si le prix en a été payé ; il les voit en la puissance de l'acheteur ; rien ne lui révèle aucun droit

Digitized by Google

de suite sur ces marchandises : c'est ici que la règle *en fait de meubles, possession vaut titre,* doit faire présumer la propriété pleine et entière en faveur de l'acheteur; le décider autrement serait porter atteinte au crédit, à la foi publique, et nuire à la sécurité qui doit être la base du commerce.

Il y a, au contraire, d'autres traditions qui, bien que suffisantes pour opérer la délivrance aux termes de la loi commune (art. 1606 Code Nap.), ne produisent cet effet que sous la réserve d'un droit de revendication en faveur du vendeur, équipollent à la résolution du contrat. Tel est le cas très-ordinaire où la marchandise est expédiée par le vendeur à l'acheteur ; tant que la marchandise est en route, elle voyage ordinairement aux risques et périls de l'expéditionnaire (art. 100 Code com.); la remise au commissionnaire ou voiturier suffit pour opérer la tradition du vendeur à l'acheteur, et rendre celui-ci propriétaire; mais elle ne suffit pas pour enlever au vendeur son droit de revendication d'une manière absolue, si la faillite de l'acheteur éclate durant le voyage. La loi préfère alors, et avec raison, le vendeur non payé aux autres créanciers de la faillite ; il est bien certain que si le vendeur avait connu la faillite avant l'expédition, il aurait usé du droit de rétention et gardé sa marchandise. D'autre part, il est naturel de penser que les autres créanciers du failli n'ont pas dû considérer la marchandise en route comme *étant leur gage* ; le plus souvent ils ignorent l'expédition ; et, s'ils la connaissent, ils doivent supposer que diverses circonstances peuvent l'empêcher d'entrer dans les magasins de leur débiteur.

Il est un cas cependant où la loi préfère au vendeur le tiers de bonne foi qui a traité avec l'expéditionnaire durant le voyage des marchandises expédiées, c'est celui où, *avant leur arrivée, les marchandises ont été vendues sans fraude* sur factures et connaissements ou lettres de voiture signées par l'expéditeur (art. 576, § 2, Code com.).

Ici encore, la loi est pleine d'équité et parfaitement conforme à l'intérêt public, qui doit toujours déterminer le législateur. Entre l'expéditeur et le tiers acheteur, exposés l'un et l'autre à être victimes de l'insolvabilité de l'intermédiaire tombé en faillite, il était juste de préférer le tiers de bonne foi à l'expéditeur; pourquoi cela ? Parce que le tiers de bonne foi n'a rien à se reprocher; il a traité sur la foi du vendeur primitif, qui avait donné une autorisation implicite au failli de disposer de la chose vendue.

Digitized by Google

Au contraire, le vendeur originaire ou expéditeur a commis une très-légère faute en suivant la foi de son acheteur tombé en faillite. Il est donc juste de lui préférer le tiers qui n'a rien à se reprocher. Ajoutez que, s'il en était autrement, les tiers ne pourraient jamais traiter en sûreté au sujet de marchandises en route; ce qui nuirait essentiellement au commerce, en lui enlevant une facilité dont il use journellement pour faire circuler les marchandises expédiées sur factures ou lettres de voiture.

Il résulte de ce qui vient d'être dit, que l'article 576 Code com. admet une distinction radicale et parfaitement juste, en ce qui concerne l'exercice du droit de revendication, entre les créanciers du failli et les tiers acquéreurs de bonne foi des marchandises revendiquées avant l'entrée en magasin : l'expéditeur est préféré aux premiers, et les tiers acquéreurs l'emportent sur lui.

L'article 2102, n° 4, Code Nap., contient une distinction analogue dans les matières purement civiles : le vendeur d'effets mobiliers non payés est préféré à la masse des créanciers de l'acheteur insolvable, tant que ces objets sont en la possession de ce dernier; au contraire, les droits de ce même vendeur sont paralysés par ceux d'un tiers auquel l'acheteur primitif les a revendus. Cette double solution repose exactement sur des motifs analogues à ceux exposés plus haut. Toute la différence entre le droit civil et le droit commercial, est que celui-ci favorise davantage la masse des créanciers du failli en n'accordant point de préférence après l'entrée en magasin. Mais l'idée de préférer les sous-acquéreurs de bonne foi au vendeur originaire, quand l'acheteur intermédiaire devient insolvable, est adoptée par les deux législations civile et commerciale.

La distinction faite par l'article 576 Code com. en matière de revendication, entre le cas où elle s'exerce contre la masse des créanciers du failli, et celui où elle a lieu contre un tiers acquéreur de bonne foi, me paraît devoir être adoptée en matière de coupes de bois; et l'on va voir qu'elle concilie toutes les difficultés qui ont tant embarrassé les auteurs et les cours judiciaires.

Voici donc ma solution : S'agit-il du droit de revendication du propriétaire de la forêt contre la masse des créanciers de l'acheteur failli? Je l'admets sans difficulté.

S'agit-il, au contraire, de la revendication contre un tiers

Digitized by Google

acquéreur de *bonne foi ?* Je la refuse au propriétaire de la coupe.

Cette distinction est parfaitement juste, parfaitement équitable, et nous allons voir qu'elle s'accorde très-bien avec les dispositions de la loi.

Et d'abord, que le propriétaire de la forêt doive être préféré aux créanciers du failli au moyen de la revendication des bois gisants sur le sol de la coupe, la raison nous dit que cela est juste. Si le public voit l'adjudicataire exploiter, il voit en même temps que l'exploitation se fait dans la forêt du propriétaire ; il voit distinctement qu'il n'existe aucune confusion entre les produits de sa coupe restant sur le sol avec les marchandises qui se trouvent dans les chantiers et magasins de l'adjudicataire ; il sait que l'adjudicataire doit payer son prix ; il trouve donc tout naturel que le vendeur soit payé de ce prix avant la masse des créanciers du failli, qui le représente, et qui, pas plus que lui, ne peut scinder le marché.

Les termes de l'article 576 contiennent, selon moi, cette interprétation de la manière la plus évidente. « Pourront être revendiquées les marchandises expédiées au failli tant que la tradition « n'en aura point été effectuée *dans les magasins...* » L'unique point de la difficulté revient à savoir si le parterre de la coupe doit être considéré comme le magasin de l'adjudicataire.

Pour adopter l'affirmative il a fallu faire la plus étrange violence au langage. Qu'on interroge tous les maîtres de forges, tous les marchands de bois, tous les forestiers, tous les propriétaires de bois, jamais on n'en trouvera un seul qui dise que les bois abattus en forêt sont *dans les magasins de l'acheteur ;* tous distinguent perpétuellement les *bois en forêt* et les bois en *chantiers* ou *en magasins*. Est-ce que le législateur emploie les mots dans un autre sens que le public ? Est-ce que ce ne serait pas tromper le public que de détourner ainsi les mots employés dans les lois du sens qui leur est donné dans le langage habituel ? Et, dans quel but, je le demande, arrive-t-on ainsi à faire violence au langage, à ce point d'appeler *magasin* d'un marchand de bois ce qui en est exactement l'opposé et ce que tous les hommes, sans exception, considèrent comme tel ? Uniquement pour donner à la loi un sens contraire à l'équité, au bon sens, à ce qui est la volonté présumée ou expresse des parties. Je dis la volonté présumée ou *expresse*, car il peut se faire, et il arrive encore assez souvent, que le propriétaire se réserve le droit de préférence ou de

Digitized by Google

revendication sur les produits de sa forêt tant qu'ils seront gisants dans la coupe.

Rien ne me paraît plus clair, plus net, plus précis que le texte, que l'esprit de la loi, et j'ai peine à comprendre qu'il ait pu s'élever la moindre difficulté dans cette première hypothèse.

C'est aussi l'interprétation qu'a donnée le ministre des finances dans sa grande instruction sur la comptabilité des receveurs généraux et autres agents des contributions directes, du 17 juin 1840, dont l'article 367 est ainsi conçu : « En cas de faillite d'un « adjudicataire (de coupes de bois), le receveur général doit, con- « formément à l'article 577 de la loi du 28 mai 1838 (nouveau « Code de commerce), faire saisir les bois qui seraient encore « gisants sur le parterre de la coupe; dénoncer immédiatement « cette saisie aux syndics, avec sommation d'exercer, avant l'ex- « piration du délai fixé pour la vidange des coupes, la faculté qui « leur est réservée par l'article 578 de la même loi, de prendre « livraison des bois, en payant le montant des traites; et enfin, « à défaut de paiement, le receveur forme, devant les mêmes « syndics, la demande en revendication autorisée par l'ar- « ticle 579 de la loi précitée, demande sur laquelle le tribu- « nal de commerce aurait à prononcer, s'il y avait contes- « tation. »

Cette instruction me semble parfaitement exacte, si ce n'est que le ministre s'est trompé en citant l'article 577 Code com., qui a trait au droit de rétention, au lieu de l'article 576, qui s'occupe du droit de revendication, et qui est le seul applicable à l'hypothèse.

Quant à la seconde branche de ma distinction, je veux dire le cas du concours entre le propriétaire de la forêt et les tiers acquéreurs des produits, par suite de marchés avec l'adjudicataire intermédiaire, il est juste que ces tiers de bonne foi soient préférés; pourquoi cela? Par une raison bien simple; c'est que l'adjudicataire ne peut réaliser les produits de la coupe qu'en les vendant et en se procurant par là de l'argent pour payer son propre vendeur. Il est donc bien clair que le propriétaire de la forêt est présumé régulièrement avoir donné autorisation à son adjudicataire de vendre les arbres abattus, les moules, les cordes, les fagots, etc., et d'en recevoir le prix. Or, si l'adjudicataire peut vendre et recevoir le prix des objets qu'il exploite, il n'est

Digitized by Google

pas moins évident que les tiers avec lesquels il traite doivent être maintenus dans les effets des ventes à eux faites, sans pouvoir être évincés par le propriétaire de la forêt; autrement le commerce serait entravé, la bonne foi des tiers serait trompée, et il serait impossible que les acheteurs partiels pussent traiter en sécurité avec un adjudicataire de bois.

Ce sont sans doute ces considérations qui ont déterminé des auteurs et des arrêts à adopter l'opinion que le parterre de la coupe doit être considéré *comme le magasin* de l'adjudicataire, et à rendre applicable à ce cas le § 1er de l'article 576 du Code de commerce; mais c'est là une conséquence tout à *fait erronée*, tirée d'un principe exact. Ce n'est pas le § 1er *de cet article qu'il* faut appliquer à ce cas-là, c'est le 2e § qui est seul applicable, si ce n'est par ses termes formels, au moins par son esprit. Ce 2e § régit, en effet, l'hypothèse de la revente de la marchandise faite par un premier acheteur avant qu'elle soit arrivée dans ses magasins. Eh bien! c'est précisément ce qui arrive *quand un* marchand de bois revend les produits d'une coupe en forêt; ces produits ne sont pas encore entrés dans ses magasins, mais il a reçu de son propre vendeur, le propriétaire de la coupe, le droit de disposer de ces produits, sans que celui-ci puisse inquiéter les tiers acquéreurs de bonne foi.

Remarquez combien est simple et juste ma distinction, et comment elle sauvegarde tous les intérêts, ceux du propriétaire de la coupe et ceux du public qui traite avec l'adjudicataire. Le propriétaire de la forêt est préféré aux créanciers du failli; mais le droit des tiers acquéreurs qui auront acheté *sans fraude*, dit l'article 576, § 2, Code com., l'emportera sur le sien. Les auteurs et les cours ont confondu l'intérêt de ces tiers acquéreurs avec la masse des créanciers du failli; ils avaient dans l'esprit la nécessité de protéger les reventes ainsi faites, et ils n'ont pas trouvé d'autre moyen de le faire qu'en se plaçant dans les termes du § 1er de l'article 576; ce qui les a conduits à l'impossibilité de préférer le propriétaire de la forêt à la masse des créanciers du failli. De là les incertitudes et les tiraillements que l'on remarque dans les arrêts.

On me fera sans doute une objection, et l'on me dira : Le 2e § de l'article 576 n'est applicable qu'aux reventes faites *sans fraude, sur factures et connaissements ou lettres de voiture signées par l'expéditeur.*

Digitized by Google

La réponse est facile : la loi veut s'assurer que le vendeur originaire a indirectement autorisé la revente, et garantir l'identité entre les marchandises sorties de la puissance de l'expéditeur, et non encore entrées dans les magasins de l'acheteur intermédiaire, afin de prévenir les fraudes. Or, tout cela n'a-t-il pas lieu, avec encore plus de garantie et moins de danger contre les fraudes, lorsque le propriétaire d'une forêt vend sa coupe à un marchand de bois, durant tout le temps que les produits de la coupe sont gisants sur place? Le fait de la vente est facile à établir, il en est de même de l'identité des marchandises tant qu'elles sont en forêt; l'autorisation de revendre est toujours implicitement contenue dans l'acte primitif d'adjudication; tant que les marchandises sont dans la coupe, elles sont réputées en route pour passer des mains du propriétaire dans les magasins de l'acheteur. L'acte de vente de la coupe est équipollent aux lettres de voiture ou autres actes qui autorisent l'acheteur originaire à vendre les marchandises à lui expédiées, avant qu'elles soient arrivées dans ses magasins.

Si, comme je n'en doute pas, la distinction que je propose est adoptée, elle aura pour résultat de sauvegarder les intérêts considérables de l'Etat, des communes et des propriétaires de bois, et de les concilier avec l'intérêt bien entendu du commerce. Elle conciliera aussi les intérêts des acquéreurs de coupes; car si le propriétaire est assuré de trouver ses sûretés dans la revendication des bois gisants sur place et non revendus, il se montrera plus facile à traiter pour la vente de ses coupes, qu'il ne serait dans l'hypothèse contraire. En l'absence de cette garantie, les propriétaires se verront obligés de recourir à des cautionnements, à des hypothèques, qui entraveront la facilité des négociations commerciales.

SERRIGNY,
Professeur à la Faculté de droit de Dijon.

Digitized by Google

DE L'USUFRUIT D'APRÈS LE DROIT ROMAIN[1].

. . . . . .

A quel moment l'usufruitier acquiert-il les fruits civils?

Voici quel serait à cet égard, suivant les commentateurs, le système du droit romain.

Les fruits civils provenant d'une chose qui produit des fruits naturels, s'acquièrent pour l'usufruitier comme s'acquerraient les fruits naturels eux-mêmes, dont ils sont l'équivalent et la représentation, c'est-à-dire à l'époque et au moyen de la perception faite par le preneur à ferme ou à loyer.

Ainsi, ce dernier a-t-il perçu les fruits pendant l'existence de l'usufruit? Le loyer ou fermage est acquis à l'usufruitier. Dans le cas contraire, il revient au nu-propriétaire.

Telle serait la règle applicable au louage de tous les biens ruraux, et à celui des bestiaux.

Les fruits civils proviennent-ils au contraire d'une chose qui ne produit pas de fruits naturels, et dont la seule utilité consiste dans l'usage qu'on peut en faire? Comme l'usage est successif et de chaque jour, et que la redevance due par le preneur à qui on le loue, en doit être et en est effectivement l'équivalent et la représentation, elle s'acquiert de la même manière que l'utilité provenant de l'usage lui même, c'est-à-dire successivement et jour par jour. Par conséquent l'usufruitier y a droit en proportion du temps que dure son usufruit pendant que le preneur se sert de la chose, mais non au delà. La redevance, après avoir couru à son profit pendant l'existence de l'usufruit, court, une fois l'usufruit éteint, au profit du nu-propriétaire.

Telle serait la règle applicable aux loyers des maisons, des esclaves, des bêtes de somme, des effets mobiliers, ainsi qu'aux intérêts des créances.

On fonde cette interprétation sur les *ff.* 58, *pr.* 25, § 3; 26, *de Usuf.*

[1] M. Genty, professeur suppléant à l'Ecole de droit de Dijon, nous communique le fragment ci-dessus d'un ouvrage qu'il prépare sur l'usufruit d'après le droit romain.

Digitized by Google

Le 1er de ces textes décide que si l'usufruitier qui avait affermé un bien rural, vient à mourir après que le fermier a fait la récolte, son héritier a droit à la totalité des fermages.

Les deux autres, que si un esclave grevé d'usufruit a loué ses services, le droit aux loyers appartient à l'usufruitier en proportion de la durée de l'usufruit, mais passe ensuite au nu-propriétaire.

Or, ces textes, ajoute-t-on, font simplement à des cas particuliers l'application d'une règle générale, le *ff.* 58, de la règle relative aux fruits civils des choses qui produisent des fruits naturels, les *ff.* 25 et 26, de celle relative aux fruits civils des choses dont l'utilité consiste dans un usage de chaque jour. . . . . .

. . . . . .

On reconnaît toutefois que les textes n'ont pas sur ce point toute la netteté désirable. C'est qu'en effet, cette théorie, bien que universellement acceptée, n'est pas et ne peut pas même être celle du droit romain, et cela, à raison d'un principe qui, chose singulière, a échappé aux commentateurs lorsqu'ils ont étudié cette matière.

Ce principe, c'est que le louage ne donne pas au preneur un droit réel sur la chose louée, mais fait simplement naître, de part et d'autre, des droits personnels, droits qui, à raison même de ce caractère, ne peuvent se transmettre activement ou passivement qu'aux héritiers des contractants.

De là il suit que le preneur n'ayant qu'un simple droit de créance contre la personne du locateur, peut être expulsé par tous ceux qui ont ou qui acquièrent un droit réel sur la chose louée.

Donc, l'usufruitier peut, à l'ouverture de l'usufruit, expulser le preneur qui tient du nu-propriétaire : car d'un côté, il a un droit réel sur la chose ; d'un autre côté, il ne succède pas à l'obligation que le nu-propriétaire a contractée par le bail de faire jouir le preneur.

Réciproquement, le nu-propriétaire peut, à l'extinction de l'usufruit, expulser le preneur qui tient de l'usufruitier. Car lui aussi, il a un droit réel sur la chose louée et ne succède pas, d'ailleurs, à l'obligation qu'a contractée l'usufruitier de faire jouir le preneur.

Aussi, et c'est là un premier point à noter, l'usufruitier et le nu-propriétaire ne sont point tenus d'exécuter le bail l'un de l'autre.

Digitized by Google

Voici un second point tout aussi important. Un locateur n'a contre le preneur, pour obtenir le paiement des loyers ou fermages, qu'un simple droit de créance, et, par suite, une action purement personnelle, droit et action qui, à raison de ce caractère, ne peuvent, comme l'obligation de faire jouir, passer qu'à son héritier.

Donc, l'usufruitier est sans qualité pour agir en paiement des loyers contre le preneur qui tient du nu-propriétaire, et le nu-propriétaire également sans qualité pour agir aux mêmes fins contre le preneur qui tient de l'usufruitier.

C'est dire, en d'autres termes, que les loyers ne peuvent, dans une location faite par le nu-propriétaire, avant l'ouverture de l'usufruit, être dus à l'usufruitier personnellement, ni courir jamais à son profit, et, dans une location faite par l'usufruitier, être dus au nu-propriétaire personnellement, ni courir jamais à son profit.

Mais si l'usufruitier ne peut en sa qualité d'usufruitier, prétendre aux loyers ou fermages dus pour une location faite par le nu-propriétaire, comme il a un droit réel, il peut, dès que ce droit est ouvert, se mettre en possession et jouissance de la chose, nonobstant la location, par conséquent percevoir les fruits pendants, occuper les maisons, etc. (sauf au preneur son recours contre le nu-propriétaire).

Réciproquement, si le nu-propriétaire, à l'extinction de l'usufruit, n'a aucun droit aux loyers à raison d'une location faite par l'usufruitier, il peut reprendre immédiatement, nonobstant cette location, l'usage et la jouissance de sa chose (sauf au preneur évincé son recours, s'il y a lieu, contre l'usufruitier ou sa succession).

Voilà la véritable théorie du droit romain, fondée sur des principes incontestables, et appuyée notamment sur les *ff.* 59, § 1, *de Usuf.*; *ff.* 9, § 1, *Loc.*

Ainsi, l'usufruitier n'a point à profiter ni à souffrir de la location faite par le nu-propriétaire, non plus que le nu-propriétaire de celle faite par l'usufruitier. C'est à celui qui a fait une location, et à lui seul, à en subir toutes les conséquences bonnes ou mauvaises. Cette location reste étrangère à l'autre, elle est pour lui, d'après la règle ordinaire *res inter alios acta.* Elle change, au contraire, la position et les droits dans le système des commentateurs ; car elle lui enlève le droit qu'il a d'user et de jouir par lui-même.

Digitized by Google

. . . . . .

. . . . . .

Ces principes une fois reconnus, tous les textes relatifs à la question présentent un sens aussi clair que le jour.

Prenons d'abord le *ff.* 58, *pr. de Usuf.* — Une usufruitière avait affermé. Elle meurt en décembre, après que son fermier a enlevé tous les fruits. Les fermages ne devaient échoir qu'au mois de mars suivant. Devaient-ils être payés en totalité à l'héritier de l'usufruitière, ou bien se partager entre lui et le nu-propriétaire (c'était, dans l'espèce, la République) ? — Scévola répond d'abord, sans se préoccuper des faits (car il ne dit pas *secundum ea quæ proponerentur*), que le nu-propriétaire (la République) n'a aucune action contre le fermier ; mais que *d'après les faits*, l'héritier de l'usufruitier devrait toucher, à l'échéance, la totalité des fermages.

Effectivement, le nu-propriétaire, quels que fussent les faits, ne devait avoir aucune action contre le fermier, puisque le bail avait été fait par l'usufruitier.

Quant à l'héritier de l'usufruitière, il avait, comme de juste, succédé aux effets et aux conséquences du bail fait par son auteur, et, par suite, à l'action personnelle qui pouvait en résulter ; et comme le fermier, dans l'espèce, avait joui complétement, il devait aussi payer la totalité des fermages. Le bail se trouvait exécuté par le bailleur ; il devait l'être également par le preneur.

2e Hypothèse (*ff.* 9, § 1, *Loc.*). — Un usufruitier avait affermé pour 5 ans, et il meurt avant l'expiration de ce terme. — Le bail finit pour l'avenir par l'extinction de l'usufruit, comme le louage d'une maison finirait par l'incendie de la maison, dit le texte. En effet, la perte fortuite de la chose louée met fin au bail. Les obligations respectives cessent donc pour l'avenir entre le fermier et l'héritier de l'usufruitier. Mais le fermier doit payer les fermages au prorata du temps pendant lequel il a joui, de même qu'en cas d'incendie d'une maison louée, le locataire paierait le loyer en proportion du temps pendant lequel la maison serait restée debout.

Ainsi, le bail en cours d'exécution s'éteint par la mort de l'usufruitier, plutôt que de passer au nu-propriétaire pour ce qui reste à courir de la durée convenue. — Cette solution ne prouve-t-elle pas péremptoirement la fausseté de l'interprétation commune ?

« C'est ainsi, ajoute le texte, que si, au lieu d'un bail de biens

Digitized by Google

« ruraux, il s'agissait du louage d'une habitation ou de celui des « travaux d'un esclave, le preneur paierait le loyer en raison de la « durée de sa jouissance. » — On ne fait donc, en cette matière, aucune distinction entre le louage d'une chose qui produit des fruits et celui d'une chose qui procure simplement de l'usage. — Nouvelle preuve de la fausseté de l'interprétation commune.

Les deux *ff.* précités sont relatifs à une location faite par l'usufruitier. — Le *ff.* 59, § 1, *de Usuf.*, statue ainsi sur celle qu'aurait faite le nu-propriétaire : « Tout ce qui naît sur les fonds, « tout ce qui s'en perçoit, revient à l'usufruitier, même les fer- « mages des terres déjà louées antérieurement, si ces fermages « aussi ont été spécialement compris dans le legs. *Mais s'ils* n'y « ont pas été spécialement compris, l'usufruitier peut, comme un « acheteur, expulser le preneur. »

Des glossateurs ont posé comme principe sur le *ff.* que les loyers ou fermages provenant des locations faites antérieurement à l'ouverture de l'usufruit, reviennent à l'usufruitier, à moins qu'ils n'aient été expressément exceptés de la disposition. C'est juste la proposition inverse qui résulte du texte, et cela devait être. En effet, si le legs d'usufruit ne comprend pas expressément les fermages, le légataire ne saurait y avoir droit, parce que le droit aux fermages est entièrement distinct du droit d'usufruit. Dérivant du contrat de louage, il est attaché à la personne du locateur, et ne peut dès lors se transmettre qu'au continuateur de la personne, c'est-à-dire à l'héritier. Il ne suit donc point la chose à l'occasion de laquelle il est né, et par conséquent ne passe point à l'acquéreur particulier de la propriété où de l'usufruit de cette chose.

Mais si le testateur en léguant l'usufruit a aussi légué les fermages, il a fait deux legs, ayant pour objet, l'un l'usufruit, l'autre le droit aux fermages. Le légataire a donc droit d'abord à l'usufruit, en vertu du legs d'usufruit, ensuite aux fermages, en vertu du legs des fermages. Au reste, même en ce cas, on ne retombe point dans le système des commentateurs. Car le legs peut comprendre les fermages du temps antérieur au décès du testateur comme ceux du temps postérieur, de même qu'il pourrait ne comprendre que l'une de ces époques seulement. Le légataire n'aura donc droit aux fermages que dans la mesure que le testament lui attribuera. Seulement, si on lui lègue ceux du temps qui suivra le décès, il ne pourra, d'après notre *ff.*, expulser le pre-

Digitized by Google

neur, parce qu'alors l'intention du testateur est que le bail continue, puisque sans cela il ne pourrait être dû de fermages. Or, l'usufruitier serait, comme tout autre légataire, repoussé par l'exception de dol, s'il tentait de contrevenir à la volonté du testateur.

Jusqu'ici donc, les textes confirment les principes que j'ai posés.

Il est toutefois un cas où des loyers courent de droit au profit de l'usufruitier et du nu-propriétaire successivement : et pourtant là encore il serait inexact de dire qu'ils s'acquièrent jour par jour. Ce cas, traité par les *ff.* 25, § 3, et *ff.* 26, *de Usuf.; ff.* 18, § *ult., de Stip. serv.*, est celui où un esclave grevé d'usufruit loue ses services à un tiers.—Ce louage présente ceci de particulier qu'il dure nonobstant l'extinction de l'usufruit.—C'est qu'en effet l'esclave, en louant ses services, acquiert *ex operis suis*. Or, l'acquisition (c'est-à-dire le droit aux salaires dus par le preneur) peut revenir également à l'usufruitier et au nu-propriétaire. Elle revient à celui des deux qui a le droit d'user et de jouir de l'esclave. Si donc ce droit, pendant la durée du louage, repose successivement sur la tête de l'un et de l'autre, l'un et l'autre acquerront successivement le droit aux loyers, savoir l'usufruitier pendant l'existence de l'usufruit, le nu-propriétaire après son extinction. Et si l'usufruit avait été constitué de manière à pouvoir renaître, et qu'en effet, après s'être éteint il reprît naissance, l'usufruitier reprendrait le droit aux loyers pour le perdre encore à l'extinction de ce nouvel usufruit, et le voir repasser au nu-propriétaire.

Si, en ce cas, le louage subsiste malgré l'extinction de l'usufruit, cela tient uniquement à ce qu'il a été fait par l'esclave lui-même, et que d'ailleurs il a pour objet le travail dudit esclave. — Aussi en doit-il être autrement, lorsque c'est l'usufruitier qui a loué l'esclave. Effectivement, comme on ne peut acquérir par une personne qu'on n'a pas en sa puissance, le nu-propriétaire ne saurait acquérir droit à des loyers en vertu d'un louage fait par l'usufruitier, puisque ce serait là, de sa part, acquérir par l'usufruitier. Aussi, lorsque c'est l'usufruitier lui-même qui loue les services de l'esclave, on revient à la règle ordinaire, que le louage est pour le nu-propriétaire *res inter alios acta*. En conséquence, le droit aux loyers ne peut passer au nu-propriétaire, le ouage étant rompu par l'extinction de l'usufruit, comme le serait

Digitized by Google

la location d'une maison ou d'un fonds. C'est ce que porte le *ff.* 9, § 1, *Loc.*, qui assimile ces divers cas après avoir supposé la location faite par l'usufruitier.

Le maintien du bail nonobstant l'extinction de l'usufruit n'a donc lieu que dans le cas unique du louage de services fait par l'esclave; et c'est faute d'avoir remarqué cette particularité que les commentateurs ont raisonné comme si ce maintien formait une règle générale applicable aux locations faites par l'usufruitier lui-même.

Mais ce n'est pas tout. — Est-il vrai, comme ils paraissent l'avoir cru, que dans le louage en question les loyers s'acquièrent jour par jour ?

On pourrait le croire, s'il n'y avait sur la matière que le *ff.* 26, *de Usuf.*, qui se borne à dire un peu obscurément, qu'à l'extinction de l'usufruit, ce qui reste de la durée convenue pour le louage revient au nu-propriétaire.

Mais les *ff.* 25, § 3, Cod. et *ff.* 18, § *ult. de Stip. serv.*, décident positivement, dans l'hypothèse d'un louage fait moyennant tant par an, que le loyer entier d'une année est acquis au commencement même de l'année, de sorte qu'il revient à l'usufruitier dès que son usufruit a existé au commencement de cette année. Ce n'est que le loyer des années qui suivent l'extinction de l'usufruit, qui revient au nu-propriétaire. — Par la *même raison*, si le louage avait été fait à tant par mois, le loyer entier d'un mois serait acquis au commencement de ce mois. Ainsi, le loyer de chaque période adoptée par les parties, forme un tout qui s'ouvre et s'acquiert au commencement des diverses périodes successives.

. . . . . .

. . . . . .

Le seul cas où des fruits civils s'acquièrent jour par jour, est celui de l'usufruit d'une créance. — Le *ff.* 23, *de Usuf. leg.*, décide, en effet, dans l'hypothèse d'un legs d'usufruit portant sur tous les biens, que l'intérêt des créances résultant de placements faits par le défunt, doit être procuré au légataire, à partir du moment où il a donné la caution prescrite par le sénatusconsulte. — (C'est, pour ce cas, l'époque de son entrée en jouissance.) — Jusque-là donc, les intérêts courent au profit de l'héritier. A partir de là, ils courent au profit du légataire. . . .

. . . . . .

Digitized by Google

Je ne puis passer outre, sans mentionner le système de Cujas sur la matière (*Obs.* 29, 4 *et ad. ff.* 32 *et* 8, *de Usuf. leg.*).

Cujas prétend que tous les fruits de l'année où s'éteint l'usufruit, doivent se partager entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, sans distinction entre les fruits naturels et les fruits civils; de même que les fruits de la dot se partagent, pour la dernière année du mariage, entre le mari et la femme, en proportion du temps que le mariage a duré dans le cours de cette année.

Ainsi, le système que les autres commentateurs n'admettent que pour certains fruits civils seulement, savoir: pour le loyer des choses dont l'usage est de chaque jour, Cujas l'étend à tous les fruits sans distinction, tandis que moi, je ne le crois appliqué qu'aux intérêts des créances.

Pour assimiler ainsi l'usufruitier au mari, Cujas invoque les *ff.* 25, § 3, *et ff.* 26, *de Usuf.*; — *ff.* 32, § 7, *de Usuf. leg.*

Mais, de ces textes, les deux premiers sont particuliers au louage de services par un esclave, et ne sauraient s'étendre à aucun autre cas : je l'ai déjà fait remarquer. — De plus, ni l'un ni l'autre n'autorise le partage, entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, du salaire de l'esclave pour l'année où s'éteint l'usufruit. — Loin de là, le premier, et surtout le *ff.* 18, § *Usuf. de stip. serv.*, déclaraient le salaire d'une année acquis en totalité au commencement même de l'année, ce qui exclut tout partage entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. — Le *ff.* 32, § 7, *de Usuf. leg.*, répète exactement la même règle. Il se réfère d'ailleurs à un legs de rente annuelle et non à l'usufruit.

Ainsi, les textes mêmes qu'invoque Cujas repoussent son système.

Au fond, d'ailleurs, la raison qui réclame un partage entre le mari et la femme, n'existe pas dans les rapports de l'usufruitier avec le nu-propriétaire.

Les fruits de la dot ont une destination précise, c'est d'aider le mari à supporter les charges du mariage. Or, les fruits de l'année entière étant destinés à subvenir aux charges de cette même année, l'équité demande que ceux de l'année où finit le mariage soient partagés entre le mari et la femme, de manière que le mari en obtienne une fraction correspondante à la partie de l'année où le mariage durant encore, il en a supporté les charges, et que le surplus revienne à la femme, comme correspondant à

Digitized by Google

la partie de l'année où, le mariage étant dissous, le mari n'a plus à en supporter les charges.

Mais rien de pareil dans l'usufruit. — L'usufruitier a le droit de jouir. Ce droit, il en recueille les conséquences pures et simples. L'émolument qu'il a pu retirer de la jouissance lui reste intégralement. Celui que sa mort ou tout autre mode d'extinction de l'usufruit l'a empêché de percevoir, lui échappe d'une manière également absolue. Les fruits de la chose grevée d'usufruit ne correspondent à aucune charge extrinsèque avec laquelle il faille les faire concorder. Il est, du reste, exactement dans la même position qu'un légataire ou fidéicommissaire de la propriété, lequel, comme le dit le *ff.* 42, *de Usuf.*, recueille les fruits en totalité, bien que la plus grande partie de l'année se soit écoulée avant l'ouverture de son droit.

Je n'admets même pas qu'à l'extinction de l'usufruit, le nu-propriétaire qui va recueillir les fruits, doit compte à l'usufruitier ou à ses héritiers des frais de culture, pas plus que l'usufruitier lui-même, qui trouve les fruits pendants lors de son entrée en jouissance, ne doit compte au nu-propriétaire de ces mêmes frais.

On a, il est vrai, soutenu le contraire en invoquant le *ff.* 7., *Sol. mat.*; 36, § *ult.*, *de Pet. her.* D'après ces textes, a-t-on dit, il n'y a de fruits que déduction faite des frais de culture; donc le propriétaire ou l'usufruitier qui recueillerait les fruits sans tenir compte de ces frais, obtiendrait réellement plus que ne valent les fruits.

Mais ces deux *ff.* se réfèrent à des hypothèses bien différentes de la nôtre. — Le *ff.* 36, § *ult.*, *de Pet. her.*, règle l'étendue des restitutions à faire par le possesseur d'une hérédité au véritable héritier qui l'évince, et en le déclarant tenu de rendre les fruits, il l'autorise à déduire, sur le produit brut, ce qu'il a dépensé pour les faire venir, les récolter et les conserver. C'est que autrement il rendrait plus qu'il n'a effectivement recueilli, et, par voie de conséquence, l'héritier recevrait trop. Car il recevrait du possesseur une valeur plus considérable que celle qu'a retirée ce possesseur; plus considérable que celle qu'il aurait retirée lui-même, s'il eût été en possession, puisqu'il eût dû faire les mêmes frais : il s'enrichirait donc aux dépens d'autrui. Or, il n'a pas de cause ni de titre pour cela. Ce n'est qu'en tenant compte des impenses, et en établissant par là le produit net, qu'on règle d'une

Digitized by Google

manière équitable les rapports entre l'héritier et le possesseur.

Le *ff. Sol. mat.* règle le partage des fruits de la dot entre le mari et la femme pour la dernière année du mariage. Ces fruits sont destinés à supporter les charges du mariage; mais il n'y a, en fin de compte, que le revenu net de la dot qui serve effectivement à supporter les charges : ce n'est donc que ce revenu qui doit se partager. Donc le mari peut, avant tout partage, prélever, sur le revenu brut, une valeur égale au montant des avances qu'il a faites; sans quoi il resterait en perte, et par suite, la femme s'enrichirait à ses dépens. Or, elle n'a pas de cause ni de titre pour cela.

Mais ces considérations n'existent pas dans l'usufruit. — L'usufruitier a le droit de jouir et de s'enrichir, s'il le peut, au moyen de cette jouissance. Donc les fruits qu'il trouve en entrant en jouissance, il les prend. Ceux qu'il laisse en sortant reviennent au nu-propriétaire. Tant mieux pour lui si, au premier cas, il a l'émolument de la récolte, sans avoir fait les frais de culture; tant pis si, au second, il a fait les frais sans avoir, en définitive, la récolte. Ainsi le comporte la nature de son droit. — Du reste, pas la moindre trace, dans les textes, d'un compte quel qu'il soit à établir, entre lui et le nu-propriétaire, au sujet des frais de culture. Il existe même, relativement à ceux qui auraient été faits avant l'ouverture de l'usufruit, un texte qui prouve clairement que l'usufruitier n'a pas à en tenir compte. C'est le *ff.* 34, § 1, *de Usuf.* Ce *ff.* suppose qu'un légataire d'usufruit, avant son entrée en jouissance comme usufruitier, tenait les biens à ferme, et, en conséquence, avait fait les frais de culture. Or, c'est comme fermier et pour obtenir, à ce titre, les fruits du fonds qu'il avait cultivé. Ces fruits, il va les percevoir, cela est vrai, mais comme usufruitier et non comme fermier. Ce n'est donc point à ses travaux et à sa qualité de fermier qu'il les devra. Par conséquent, il n'obtiendra pas, en définitive, comme fermier, les avantages que le bail devait lui procurer. Cela étant, les dépenses qu'il a faites pour la culture, et qu'il a faites en exécution du bail, sont en pure perte pour lui. Il doit donc en être indemnisé. Car les dépenses de culture ne sont à la charge du fermier qu'autant que le locateur lui fait avoir, à titre de fermier, les fruits de la chose louée. Aussi, dans l'espèce, le légataire a-t-il le droit, tout en réclamant de l'héritier, par action réelle, l'usufruit qui lui a été légué, de réclamer, en même temps, par l'action *ex con-*

Digitized by Google

ducto, le remboursement de ses frais de culture, absolument comme si c'était à un tiers qu'eût été légué l'usufruit. Or, il est évident que si un usufruitier était tenu, en cette qualité, de réclamer les frais de culture au nu-propriétaire, quand c'est ce dernier qui les a faits, il ne pourrait, quand il les a faits lui-même comme fermier, lui en demander le remboursement. Il devrait les compenser avec lui-même. — Pour échapper à cet argument, Cujas prétend qu'il est question, dans ce *ff.*, non des frais de labours et sémailles, mais des dépenses faites pour améliorer l'exploitation même : comme si les expressions *impensas quas in culturam fecerat* pouvaient s'interpréter ainsi !

F. GENTY,
Professeur suppléant à l'école de droit de Dijon.

REPRISES. — FEMME. — PRIVILÉGE.

Questions notables sur les divers régimes d'association conjugale.

Suite [1].

La femme a-t-elle, à raison de ses reprises et prélèvements, un droit de préférence sur les biens de la communauté, vis-à-vis des autres créanciers?

De toutes les décisions que la Cour de cassation à émises depuis nombre d'années dans la matière du *contrat de mariage*, il n'en est pas dont la portée soit égale à celle que contient l'arrêt du 15 février 1853 (*J. du P.* 1853, I, 513; Sir.-Devill., 1853, I, 145; Dalloz, 1853, I, 75), d'après lequel la femme, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, serait admise à exercer ses reprises par préférence aux créanciers de la communauté, avant eux, et non pas même concurremment ou par contribution avec eux. Cette doctrine, qui, avant de se produire dans la jurisprudence, avait pour elle, il faut le reconnaître, l'opinion très-explicite de M. le premier président Troplong (*Contrat de mariage*,

[1] *Revue critique*, t. II, p. 600, et *Revue de législation*, année 1847, t. III, p. 87 et suiv.

Digitized by Google

t. III, nos 1635-1642 et 1829), et qui, depuis qu'elle s'est produite, a eu l'assentiment de M. Devilleneuve (Voy. *loc. cit.*), bouleverse cependant toutes les idées admises jusqu'à ce jour. En fait, elle compromet dans leur existence les liquidations loyalement accomplies dans le passé, et en outre, pour l'avenir, tout en méconnaissant, dans tous les cas, le droit de créanciers sérieux et loyaux, elle est dangereuse, dans quelques-uns, même pour la femme, qu'elle veut cependant protéger ; en droit, elle pèche par sa base, en ce qu'elle est la généralisation d'un principe vrai en lui-même, mais d'une vérité relative seulement. Qu'il nous soit donc permis d'appeler immédiatement l'examen sur cette jurisprudence nouvelle, sans attendre qu'elle se développe dans les conséquences désastreuses qu'elle peut entraîner.

Et d'abord, interrogeons le fait; nous étudierons ensuite la loi.

Le régime de la communauté légale, tel qu'il est organisé par le Code Napoléon, n'est plus aujourd'hui, dans le fait, le droit commun de la France; il règle uniquement la condition civile des époux qui se marient sans contrat, de ceux par conséquent qui n'ont pas de fortune : et quant à ceux qui font un contrat, on sait qu'à très-peu d'exceptions près, ils adoptent soit le régime dotal avec société d'acquêts, soit la communauté réduite aux acquêts, soit la communauté avec exclusion de propres. Ce sont là les habitudes générales d'aujourd'hui ; et la cause en doit être attribuée à l'extension qu'ont prise les fortunes mobilières depuis le Code Napoléon.

Ceci posé, il faut voir quelles seront les conséquences directes de la jurisprudence nouvelle par rapport aux mariages contractés avec adoption de l'un des trois systèmes qui viennent d'être indiqués.

Quant aux faits accomplis, d'abord, ces conséquences peuvent être aisément pressenties : il suffit de savoir comment, dans la pratique, on a procédé aux liquidations de communauté ou de reprises. Les notaires et les parties, pour mieux entrer dans l'esprit des conventions civiles du mariage, ont admis à peu près invariablement que la femme doit reprendre à titre *de propriété* ses apports lorsqu'ils existent en nature, les biens reçus en échange ou le prix des propres aliénés, si ce prix est encore dû à la dissolution de la communauté; mais que pour le surplus de ses reprises ou indemnités, elle doit être considérée comme *créancière*, même en ce qui concerne les meubles meublants.

Digitized by Google

Ces derniers objets fussent-ils constatés par un inventaire ou un état en bonne forme, la femme n'en reprend encore que la valeur, ce qui est juste, en ce que l'époux propriétaire ne supporte pas seul le dépérissement; ce qui, de plus, est et sera encore une nécessité dans une foule de circonstances, soit en raison de la difficulté qu'on rencontre à reconnaître et constater l'identité des objets, soit à cause de ces débats interminables et trop souvent violents qui accompagnent presque toujours les partages du mobilier en nature, et dont on a peine à se rendre compte quand on n'a pas assisté soi-même à quelques-unes de ces luttes, dans lesquelles il n'est pas rare de voir les héritiers se disputer pendant des heures entières la propriété de l'objet le plus insignifiant, tandis qu'ils se montrent accommodants sur des droits d'une importance réelle. — Qu'on cherche, en remontant jusqu'à l'époque où les habitudes ont introduit ces trois clauses de société d'acquêts, de communauté réduite aux acquêts, de communauté avec exclusion de propres, dans lesquelles se résument à peu près aujourd'hui les contrats de mariage, et l'on ne trouvera pas probablement une seule liquidation, un seul partage, qui ne soient établis sur ces bases. Que vont devenir aujourd'hui tous ces partages, toutes ces liquidations, en présence de l'arrêt rendu par la Cour suprême le 15 février 1853? Quel est le degré de certitude qui va s'attacher aux conventions qui se sont formées sur la foi de ces actes? A quel moment précis, ces actes et conventions sont-ils restés ou resteront-ils fixes et inébranlables? L'article 1304 du Code Napoléon, et l'interprétation que cet article a reçue de quelques décisions judiciaires permettent de concevoir sur tout cela les doutes les plus sérieux. Cet article, en effet, ouvre aux parties, pendant dix ans, un recours contre l'erreur, et, si l'on se reporte à un arrêt de la Cour de Paris du 16 août 1852, qui, nous le croyons, est déféré, en ce moment, à la Cour suprême, ce délai peut s'étendre bien au delà, puisque l'acte annulé par cet arrêt pour cause d'erreur, avait pour base un inventaire fait en 1818! Cela étant, toutes les conventions passées sont remises en question et les intérêts les plus graves sont compromis : car, si, d'une part, les conventions ont eu pour base cette erreur, que la femme devait, comme créancière, venir au marc le franc sur le mobilier de la communauté, et seulement au rang de son hypothèque légale sur les acquêts; si, d'une autre part, on reconnaît, avec

Digitized by Google

l'arrêt de la Cour de Paris du 16 août 1852, qu'un partage ou une convention basés sur une erreur de droit peuvent être annulés dans les dix ans qui suivent, non pas l'acte, mais la découverte de l'erreur, quel est donc le partage ou la convention, en remontant le plus loin possible vers l'époque de la publication du Code, qui pourraient tenir désormais? Jusqu'à l'arrêt du 15 février 1853, l'erreur que cet arrêt proclame n'était pas supposée. Le champ est donc ouvert aux femmes dont les reprises ont été liquidées sur les anciennes bases, et leur action pourrait d'autant moins être paralysée, que, sur la foi du principe que la jurisprudence déclare erroné aujourd'hui, on a constamment posé ce principe comme une règle certaine dont on a déduit les conséquences, sans qu'on ait jamais exigé de la femme, dans les actes, ni transaction, ni renonciation. Ainsi, le passé est bien certainement compromis ; il n'y a pas, tout au moins, de fait accompli, dans cet ordre d'idées, qui ne puisse être remis en question.

Quant à l'avenir, il est rempli d'impossibilités ou de dangers. Supposons d'abord que la femme soit mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts, la jurisprudence nouvelle enlève à cette société, dès sa naissance, ses meilleures chances de prospérité. Le contact de la dotalité avec la communauté, qui se rencontre dans les mariages dont les conditions civiles sont ainsi réglées, fait à la femme une position qui ne permet guère aux tiers de traiter avec elle. Par exemple, il est admis aujourd'hui par la jurisprudence, sinon par tous les auteurs, que la femme dotale ne peut pas aliéner sa dot mobilière ou immobilière ; il est reconnu, non-seulement par la jurisprudence, mais encore par tous les auteurs, qu'elle ne peut jamais renoncer à son hypothèque légale. Ne peut-on pas, pour être conséquent avec cette dernière prohibition, qui a pour objet de ne pas laisser à la femme la faculté de compromettre sa dot, lui refuser aussi le droit d'aliéner ses reprises sur la société d'acquêts ou de les engager? Admettons cependant, avec ceux qui pensent que la femme dotale est capable de s'obliger personnellement et que ses obligations peuvent être exécutées sur tout ce qui n'est pas dotal, admettons, comme conséquence, que les engagements pris par la femme puissent atteindre tout ce qui, dans ses reprises, n'aurait pas le caractère dotal. Il y aura toujours quelque chose qui paralysera la confiance des tiers : c'est la difficulté de discerner, pendant le mariage, ce qu'ils pourraient de ce qu'ils

Digitized by Google

ne pourraient pas atteindre. Ainsi, dans ce régime spécial, la seule obligation qui était réelle, sérieuse, pendant le mariage, était celle du mari. Or, quelle sera maintenant la valeur de cette obligation, si la femme peut venir après coup, à la dissolution de la communauté, réclamer contre le créancier, non pas seulement ce qui lui revient comme commune, son émolument dans la communauté, *deducto œre alieno*, mais encore ses reprises, c'est-à-dire tout ce qui peut lui être dû en vertu de l'article 1470? Evidemment l'obligation du mari n'a plus de valeur, et, par suite, la société d'acquêts se trouve désormais privé de tout crédit.

Et maintenant, supposons le mariage régi par l'une des deux clauses de communauté conventionnelle indiquées plus haut : tant s'en faut que la situation soit meilleure. L'article 1421 du Code Napoléon, d'accord en cela avec l'ancienne législation, dit bien que le mari est le chef de la communauté, qu'il a le droit de vendre, d'aliéner, d'hypothéquer, sans le concours de sa femme. Il signale donc le mari comme un représentant avec lequel les créanciers peuvent traiter avec sécurité. Mais quelle peut être désormais, sous ce rapport, l'autorité de ce texte positif? L'article 1470, tel qu'il est interprété par la jurisprudence nouvelle, lui enlève sa signification et sa portée juridiques. Suivant l'arrêt du 15 février 1853, cet article donne à la femme, même vis-à-vis des créanciers, un droit de propriété sur les biens de communauté jusqu'à concurrence de ses reprises, dans lesquelles entrent les *indemnités* dues à la femme avec le même caractère et au même titre que le prix des propres aliénés, puisque l'article 1470 place les uns et les autres sur la même ligne (Voy. d'ailleurs l'arrêt de Paris du 31 déc. 1852, *J. du P.*, 1853, t. I, p. 522). Il n'en faut pas davantage pour que les époux puissent, à leur gré, annihiler le texte de l'article 1421. Il leur suffira, lorsque le mari aura déjà contracté des dettes, de souscrire ensemble un engagement ; et comme l'obligation souscrite par le mari avec sa femme est le principe d'une indemnité pour celle-ci (art. 1431), vienne ensuite la liquidation, et la femme, ou pour elle ses créanciers, se paieront par privilége sur l'actif de la communauté, et, dût cet actif être absorbé en entier par le montant de la dette souscrite par le mari et la femme, celle-ci, ou pour elle ses créanciers, le prendront tout entier, au détriment des tiers avec lesquels le mari seul avait traité antérieurement. Et vainement les créanciers évincés chercheraient-ils à faire suspecter la loyauté d'un em-

Digitized by Google

prunt souscrit pour ainsi dire *in extremis* par le mari et par la femme : car, à supposer qu'il y ait eu fraude, comment l'établir à l'encontre d'une femme qui vient dire : « Mon mari, comme chef de la communauté, avait la disposition des fonds ; je ne sais quel usage il en a fait. Pour moi, j'ai concouru à l'emprunt uniquement pour donner ma signature. » — Sous le coup d'un pareil résultat, les tiers, on le comprend bien, ne traiteront plus avec le mari, quelque assurance que paraisse leur donner le principe posé dans l'article 1421 ; ils traiteront même d'autant moins avec lui que sa femme sera plus riche, puisque plus la femme sera riche et plus il y aura lieu de penser que ses reprises, que la jurisprudence nouvelle déclare privilégiées, seront considérables ; en sorte que, par un effet assez singulier de cette jurisprudence, le crédit du mari ira en sens inverse de la fortune de sa femme.

Encore si les conséquences de la jurisprudence nouvelle s'en tenaient là, il n'y aurait à reprocher à cette jurisprudence que le tort de paralyser, dans les mains du mari, l'action au moyen de laquelle la communauté pourrait devenir prospère. Mais ses conséquences vont plus loin : sous l'apparence d'une protection donnée à la femme, la jurisprudence nouvelle crée en réalité le danger le plus sérieux pour la femme elle-même. Sous le régime de la communauté, la femme peut s'obliger personnellement et solidairement avec son mari : l'article 1431 du Code Napoléon dit que, dans ce cas, la femme est simplement considérée comme caution, et doit être indemnisée ; mais elle n'est réputée telle, d'après le même article, que vis-à-vis de son mari, en sorte que vis-à-vis du créancier envers lequel elle s'est obligée, elle est tenue non-seulement sur sa part dans la communauté, mais encore sur ses biens personnels (Voy. notre *Tr. du contr. de mariage*, t. Ier, n° 606). Cela étant, que feront les tiers avec lesquels le mari voudra traiter ? Ils sont désormais avertis que ce droit de propriété que la jurisprudence reconnaît à la femme, même vis-à-vis des créanciers, a un effet rétroactif au jour du mariage ; qu'avec ce droit de propriété, la femme peut anéantir tous les engagements du mari : ils exigeront donc la signature de la femme, ils voudront qu'elle s'oblige personnellement, quelque minime que soit la somme pour laquelle ils traiteront avec le mari ; ils voudront que la femme *parte au contrat*. Or, on ne saurait concevoir un péril plus grand pour elle. Ce péril était bien

Digitized by Google

présent à la pensée des hommes éminents qui, récemment encore, prenaient part à la discussion du projet de réforme hypothécaire. « Nous avons été frappé, disait M. Persil, rapporteur de la commission formée au ministère de la justice, d'un fait qui, par sa fréquence, semble *universellement* détourner l'hypothèque légale de sa destination : c'est la cession par la femme de cette hypothèque. On ne contracte pas avec le mari sans exiger la présence de la femme, soit pour renoncer à son hypothèque, soit en s'obligeant avec lui. — *Nous aurions voulu vous proposer d'interdire ces stipulations, qui sont rarement l'œuvre libre et raisonnée de la femme.* Mais il y aurait à cela trop d'inconvénients... » De son côté, M. de Vatimesnil, rapporteur d'une autre commission, disait : « On peut ajouter que cette hypothèque légale présente une sorte de danger, puisque c'est à cause de son existence qu'on fait souscrire à la femme des obligations personnelles qu'on ne lui demanderait pas si elle n'avait pas d'hypothèque. » Et comme, malgré ces observations, la commission admettait que la femme ne pouvait céder son hypothèque sans une obligation personnelle, les délégués des notaires des départements s'élevèrent contre cette disposition, et demandèrent que la femme fût admise à renoncer à son hypothèque sans y ajouter son obligation personnelle. « Ainsi, disaient-ils, la femme pourra se borner à ne compromettre qu'une garantie, sans engager sa fortune présente et à venir. *La nécessité de s'obliger est ruineuse pour elle.* » Ainsi, partout et à chaque instant, l'obligation personnelle de la femme était signalée comme un péril qu'il fallait écarter. Et maintenant, que fait l'arrêt du 15 février 1853? Il va directement contre ces vues, et, sous prétexte de protéger la femme, il jette inévitablement sa fortune dans le tourbillon des affaires de son mari : car, une hypothèque, une garantie, on y peut renoncer comme accessoire d'une créance; mais un droit de propriété, on ne le peut pas sans renoncer à la créance elle-même, sans une obligation personnelle. Dira-t-on que la femme sera libre de limiter son obligation personnelle? Mais à quels biens la limitera-t-elle? Quiconque s'oblige, engage, en principe, tous ses biens, qui sont le gage commun de ses créanciers. La femme pourra-t-elle dire, cependant, qu'en s'obligeant à payer, elle entend qu'on ne puisse poursuivre que sur les biens de la communauté? Ce serait une question à examiner, et il suffit que cette question soit douteuse, soit dans

Digitized by Google

son principe, soit dans ses conséquences, pour que les tiers refusent d'accepter une obligation ainsi limitée. Il faut donc que la femme livre sa fortune, sans réserve, aux chances des opérations faites par son mari ; il faut qu'elle intervienne toujours, sans limitation, et cela, non pas seulement dans les prêts hypothécaires, mais encore dans toute espèce d'obligation, même dans les obligations chirographaires. — Ainsi, discrédit du mari, que cependant le Code institue chef ou administrateur souverain de la communauté, ou ruine probable ou possible de la femme, que cependant la loi veut protéger contre les hasards d'une administration à laquelle la femme est forcée de rester étrangère : voilà l'alternative créée par la jurisprudence nouvelle.

Assurément cette alternative n'est pas dans la loi. Comment donc la jurisprudence en vient-elle aujourd'hui à la faire naître ? A notre avis, c'est par la trop grande étendue qu'elle donne à un principe vrai en lui-même, mais qui doit être renfermé dans des limites nécessaires. « C'est à titre de *propriétaire*, dit la Cour de cassation, que la femme, de même que le mari, et avant ce dernier, a droit au prélèvement préalable de ses propres lors de la dissolution de la communauté. » Et cette proposition émise, la Cour conclut que le principe régit toutes les situations ; qu'ainsi la femme peut invoquer sa qualité de propriétaire, soit qu'elle renonce à la communauté, soit qu'elle l'accepte, et qu'elle peut l'invoquer, non pas seulement contre le mari ou ses héritiers, mais encore contre les créanciers de la communauté. Là est, à notre sens, le vice de la solution.

Ce vice se montre avec évidence précisément dans le cas sur lequel statue l'arrêt du 15 février 1853, le cas de renonciation par la femme à la communauté. « La femme, dit très-exactement M. Marcadé sur l'article 1493, n° 1, perd, en renonçant, tout droit sur les biens communs, mais elle conserve, bien entendu, les biens et créances qui lui appartiennent en propre et ne font pas partie de la communauté... Seulement, quant aux créances... comme la femme n'est plus ici une *copropriétaire* exerçant ses droits sur une masse à partager entre elle et le mari ; que, par l'effet de la renonciation, il n'y a plus de communauté, plus de copartageant, mais d'un côté *un mari propriétaire exclusif* des biens jadis communs, qui ne font désormais qu'un seul et même patrimoine avec ses autres biens ; et, d'autre part, *une femme qui est simple créancière*, non de la communauté (qui n'existe plus),

Digitized by Google

mais du mari, il est évident que la femme ne pourra pas se payer de ses créances par l'appropriation des biens en nature... » Ainsi, dans le cas de dissolution, la femme est simplement créancière. Et en effet, comment pourrait-elle, au moment même où, par sa renonciation, elle se dépouille de la qualité d'associée, être considérée comme copropriétaire? Cela serait évidemment contradictoire. — Mais si la femme est simplement créancière de ses reprises, pourquoi et sur quel prétexte serait-elle créancière privilégiée, primant les autres créanciers sur les valeurs de la communauté? Il semble qu'on n'en devrait pas chercher la raison dans l'arrêt du 15 février 1853, puisque, dans le système de cet arrêt, le privilége se rattache, comme conséquence, à ce droit prétendu de propriété que les principes ne permettent pas de reconnaître à la femme renonçante. Cependant, si l'on prend dans leur ensemble les termes de l'arrêt, on trouve qu'ils sont la reproduction et la paraphrase de cet argument donné par M. Troplong, t. III, nº 1829, à l'appui d'une thèse dans laquelle il a devancé la Cour suprême, à savoir : « Que les créanciers de la communauté n'ont de droit que sur les choses de la communauté, et que les valeurs propres de la femme ne sont pas des effets de la communauté. » Qu'y a t-il cependant de décisif dans cette observation? Sans doute les valeurs propres de la femme, celles en raison desquelles des indemnités lui sont dues, ne sont pas entrées dans la communauté; et c'est précisément pour cela que la femme en est créancière, puisque si ces valeurs fussent entrées dans la communauté, la femme y aurait perdu tout droit par l'effet de sa renonciation. Notre question subsiste donc en son entier. Pourquoi, encore une fois, la femme renonçante serait-elle privilégiée à l'occasion de ses reprises? Elle n'était pas privilégiée sous l'ancienne législation. Voici, en effet, ce qu'enseigne Renusson, dans son *Traité des propres*, chap. VI, sect. III, nº 3 : « Quand la communauté vient à se dissoudre, dit-il, celui au profit duquel la stipulation a été faite, ses héritiers ou ayants cause, ont droit de prendre sur la masse de la communauté les choses mobilières qui ont été reçues, qui avaient été stipulées propres : car, tous les effets mobiliers ayant été confondus dans la communauté, ou parce qu'ils ont été consommés pendant la communauté, ou parce qu'ils ont été convertis en autres effets qui composent la masse de la communauté, il est vrai de dire que ce qui avait été stipulé propre *est une dette passive de la communauté, qui se considère*

Digitized by Google

comme toutes les autres dettes passives de la communauté, et qui se doit acquitter de même. » Ainsi, les répétitions de la femme, car Renusson s'explique à l'égard des époux sans distinction, ne pouvaient se faire que par les règles ordinaires, et par suite elles ne donnaient lieu à aucune préférence, à aucun privilége spécial. Y a-t-il eu, sous ce rapport, innovation par la législation actuelle? Non-seulement il n'y a pas un seul texte qui permette de le penser, mais encore les principes les plus certains en matière de privilége et en matière de communauté conduisent à une solution négative. En effet, la femme qui renonce perd, aux termes de l'article 1492, ses droits sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef; elle a seulement le droit, d'après l'article 1493, de reprendre : 1° les immeubles à elle appartenant, lorsqu'ils existent en nature, ou l'immeuble qui a été acquis en remploi; 2° le prix de ses immeubles aliénés dont le remploi n'a pas été fait; 3° toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté. Il suit de là que, sauf les immeubles que la femme reprend en nature lorsqu'ils existent, toutes les autres reprises que la loi lui accorde constituent des créances contre le mari. L'article 1494 ajoute bien que la femme renonçante est déchargée de toute contribution aux dettes de la communauté, tant à l'égard du mari qu'à l'égard des créanciers; mais cette disposition a eu pour but uniquement de régler la situation respective et les intérêts des époux entre eux; elle ne peut donc pas être opposée aux créanciers qui, de même que la femme, ont des droits à exercer contre l'ancien chef de la communauté dissoute; elle ne peut donc avoir pour effet de rendre la créance de la femme préférable au droit des créanciers, et dès lors cette créance reste dans les termes du droit commun, d'après lequel une créance n'est préférable à une autre qu'autant qu'elle est privilégiée. Or, la matière des priviléges est réglée dans un chapitre spécial du Code. On y trouve, en particulier, la nomenclature de tous les priviléges qui peuvent s'exercer sur les meubles (Voy. art. 2100 et suiv.), et dans cette nomenclature ne figure pas le privilége que la femme prétendrait exercer à raison de la reprise de ses droits. Ceci est décisif, ce nous semble, car le privilége dont il s'agit ici est d'une telle importance, que le législateur n'eût certainement pas omis de le mentionner, si son intention eût été de l'attribuer à la femme. La loi n'a pas gardé le silence, en effet, lorsqu'il s'est agi d'assurer les droits de la femme

Digitized by Google

sur les immeubles du mari; l'article 2121 est là qui attribue à la femme une hypothèque légale. Si donc elle n'a rien dit de semblable par rapport aux meubles, c'est qu'elle n'a pas entendu que cette classe de biens serait aussi affectée par préférence à la sûreté des droits de la femme, et qu'à cet égard il suffisait de faire à celle-ci la position qui est faite aux autres créanciers.—La femme, simple créancière dans le cas de renonciation à la communauté, ne doit donc venir, sur les valeurs mobilières, que par contribution avec les autres créanciers; en équité et en droit, cette solution est complétement justifiée, et voilà pourquoi, jusqu'à l'arrêt du 15 février 1853, qui la condamne, toutes les décisions judiciaires l'avaient formellement consacrée (Lyon, 25 juillet 1822; Besançon, 23 mars 1850, arrêt cassé par celui du 15 fév. 1853; Amiens, 8 mai 1851. — *J. du P.*, 1853, t. Ier, p. 256).

Le principe posé par la Cour suprême est-il plus exact dans le cas d'acceptation de communauté par la femme? Il faut distinguer.

Lorsque la femme accepte la communauté, il est difficile de ne pas reconnaître en elle la qualité de propriétaire : il y a, alors, un fonds commun à partager entre la femme acceptante et le mari ou ses ayants droit; et comment la femme serait-elle appelée à ce partage si elle n'était pas propriétaire? Cependant, au point de vue des reprises, qui sont, on le sait, une opération préliminaire au partage, la qualité de propriétaire n'a pas été de tous temps reconnue aux copartageants. Dans l'ancien droit, les reprises étaient considérées comme des créances; il en a été ainsi jusqu'à Pothier, et Pothier lui-même était de cet avis; seulement il nous apprend que de son temps l'idée de propriété commençait à se faire jour dans la pratique. Voici comment il s'en explique au *Traité des successions*, chap. v, art. 2, § 1 : « ..... Cette dette des reprises du survivant est une vraie dette du prédécédé, qui en est tenu personnellement, *actione pro socio*, pour la part qu'il a en la communauté; c'est pourquoi ses héritiers, qui sont *juris successores*, qui succèdent à toutes les obligations, y doivent tous contribuer. Cela a été ainsi jugé par arrêt du 5 août 1519... Néanmoins, plusieurs pensent aujourd'hui que l'héritier aux propres n'en doit pas être tenu; ces reprises que le survivant a droit d'exercer leur paraissent devoir être regardées moins comme une créance que comme donnant à celui qui les a *un droit plus fort dans la communauté* qu'a le conjoint qui a ses reprises à exercer,

Digitized by Google

lequel diminue d'autant celui de l'autre conjoint, et, qu'en conséquence, la succession du prédécédé ne doit pas être regardée comme débitrice des reprises du survivant, *mais plutôt comme n'ayant jamais été propriétaire d'autres choses, dans les biens de la communauté, que de celles qui lui sont échues dans son lot, après les prélèvements faits au profit du survivant, le surplus des biens de la communauté étant censé toujours avoir appartenu au survivant, qui avait des reprises à exercer...* » C'est bien cette idée de propriété que le Code a consacrée : on ne comprendrait pas que les époux pussent prendre des biens en nature (art. 1470 et 1471), si les reprises n'étaient, dans la pensée de la loi nouvelle, que des créances ordinaires. En ce sens, la Cour de cassation a dit exactement, au moins dans le cas d'acceptation de communauté par la femme, que c'est comme propriétaire que la femme a droit au prélèvement lors de la dissolution de la communauté. C'est, du reste, l'opinion de tous les auteurs (Voy. MM. Coin Delisle, dissertation insérée dans la *Revue de droit français et étranger*, année 1846, p. 657 et suiv.; Troplong, *Contr. de mar.*, nos 389 et 1633; Marcadé, *Explic. C. Nap.*, sur les art. 1401 et suiv., no 2, *Revue de droit français et étranger*, année 1850, p. 206, et *Revue critique*, t. II, p. 577 et suiv.). C'est aussi sur cette idée que repose la solution par nous émise dans notre *Traité du contrat de mariage*, t. Ier, no 335.

Mais ceci n'est vrai que restrictivement : l'appréciation est, aujourd'hui, d'une exactitude parfaite lorsqu'il s'agit de régler les rapports et les intérêts des époux entre eux ; il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de mettre en regard l'époux avec des créanciers venant exercer les droits qu'ils peuvent avoir contre la communauté. Et voilà pourquoi, après avoir accepté, dans notre *Traité du contrat de mariage* (*loc. cit.*), l'idée de propriété quand nous étions au point de vue que nous indiquions tout à l'heure, nous avons pu dire plus loin, au no 834, que cependant la femme ne peut se payer de ses reprises sur les meubles et les immeubles de la communauté qu'en venant au marc le franc avec les créanciers, sans tomber dans la contradiction que M. Devilleneuve nous reproche (Voy. la note déjà citée sur l'arrêt du 15 fév. 1853). Il n'y a pas là de contradiction en effet ; il ne peut même pas y en avoir l'apparence aux yeux de ceux qui veulent ne pas oublier que dans toute communauté il y a perpétuellement des rapports et des intérêts distincts à envisager : les rapports et les

Digitized by Google

intérêts des époux entre eux ou avec la communauté, les rapports et les intérêts de la communauté avec les tiers. C'est une distinction fondamentale, dans la matière, et seule, dans une infinité de cas, elle peut expliquer et concilier des propositions qui, sans elle, paraîtraient inconciliables. — Par exemple, Dumoulin (*Comment. in cons. Paris*, § 37, nº 2, *nov. cons.*, et § 109, nº 3, *vet. cons.*), et après lui Pothier (*Commun.*, nº 3), ont dit que jusqu'au moment où finit la société conjugale, la femme n'est pas commune et a seulement l'espérance de le devenir. Cependant, ces mêmes auteurs ont enseigné que la communauté a son point de départ dans le mariage, constaté par la bénédiction nuptiale, et que, même dans les coutumes qui n'admettaient la communauté que lorsque le mariage avait duré un an et jour, le point de départ de cette communauté se plaçait encore, par un effet rétroactif, au jour du mariage (Pothier, *Commun.*, nºs 22 et 23; Dumoulin, *Cout. du Maine*, sur l'art. 588). Y a-t-il rien de plus dissemblable que ces deux propositions ? Elles se concilient cependant à merveille dès qu'on se place successivement dans les situations distinctes en vue desquelles elles ont été formulées. Au regard des tiers, la femme n'avait aucun droit et ne pouvait disposer seule et d'elle-même d'aucun bien de la communauté, tandis que le mari avait un pouvoir absolu et la faculté de disposer à son plaisir et volonté, si bien que les tiers qui avaient traité avec lui seul étaient désormais assurés, pourvu que le mari eût agi sans fraude ; à ce point de vue, il était vrai de dire que la femme, durant le mariage, n'était pas commune, qu'elle avait seulement l'espérance de le devenir. Au contraire, les époux, dans leurs rapports entre eux, étaient réellement communs, même pendant le mariage ; car la femme, quoique non présente ni nommée au contrat passé par le mari avec les tiers, était censée contracter avec le mari pour la part qu'elle avait dans la communauté, et était liée *en sa qualité de commune*, si bien qu'elle ne pouvait se décharger des obligations résultant du contrat qu'en renonçant à la communauté : à ce point de vue, il était très-exact de dire que la communauté prenait son point de départ au jour du mariage. (Voy., pour de plus amples explications, notre *Traité du contrat de mariage*, t. Ier, nº 294.) Les deux propositions, parfaitement exactes dans leurs sphères respectives, se combinaient donc entre elles sans la moindre contrariété.

C'est à cette même distinction qu'on doit se rattacher pour la

Digitized by Google

solution des difficultés que soulève le prélèvement des reprises. Ainsi, vis-à-vis de son mari, la femme est propriétaire : cela ne saurait plus être contesté aujourd'hui. Dès lors qu'en toutes circonstances où l'intérêt des époux est seul engagé on accepte sans réserve l'idée de propriété, nul assurément n'y pourrait trouver à redire. En ce sens, la jurisprudence ayant eu à statuer sur la nature des reprises, pour décider ensuite soit si l'objet de ces reprises tombe dans une seconde ou subséquente communauté, soit s'il est compris dans le legs du mobilier, a pu très-bien juger, en partant précisément de cette idée de propriété, que les reprises sont de nature mobilière ou immobilière, suivant que l'époux a pris des meubles ou des immeubles. (Voy. Caen, 19 janv. 1832, 7 juin 1848, et 31 déc. 1852; Paris, 21 fév. 1846, et 31 mars 1853; Cass., 1er août 1848, 28 mars 1849, 8 avril 1850, 23 fév. 1853.)

Mais c'est autre chose lorsqu'il s'agit de statuer sur les difficultés dans lesquelles l'intérêt des époux et spécialement celui de la femme, est en contact avec l'intérêt de créanciers auxquels le mari, comme administrateur et chef de la communauté, a conféré des droits sur cette communauté. L'idée de propriété, alors, doit faire place à une idée plus équitable, ou du moins, si la qualité de propriétaire subsiste encore en la personne de la femme, la femme ne doit pas être admise à s'en prévaloir contre les créanciers et à la leur opposer. On ne s'y était pas trompé sous l'ancienne jurisprudence. « Les deniers stipulés propres, dit Denizart (v° *Propres conventionnels*, n° 14), se distribuent comme meubles entre les créanciers, de quelque manière que soit conçue la stipulation. » Plus explicite encore, le même auteur dit (v° *Dot*, n° 49) : « En pays coutumier, la femme n'a aucun privilége sur les meubles et effets mobiliers de son mari pour la restitution de sa dot et autres reprises et conventions matrimoniales ; *c'est une créance ordinaire, pour laquelle elle vient à contribution* avec les autres créanciers dans les coutumes où les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque. Il y a, à ce sujet, un acte de notoriété du Châtelet du 10 janvier 1711 et un autre du 4 mars 1743. »

Et pourquoi en était-il ainsi? Par le motif même que donnaient Dumoulin et Pothier pour justifier la première des deux propositions que nous rappelions tout à l'heure, par ce motif que le mari avait un pouvoir absolu et la faculté de disposer, tellement que les tiers qui avaient traité avec lui, et avec lui seul, étaient

Digitized by Google

désormais assurés, pourvu qu'il eût agi sans fraude. Or, ce motif est tout-puissant encore aujourd'hui. En effet, le mari n'est-il pas encore aujourd'hui le chef de la communauté? N'est-ce pas lui qui possède, qui agit, qui contracte, pendant la durée de la société conjugale? N'est-ce pas lui que la loi investit d'un mandat pour cela, et qu'elle présente aux tiers comme l'administrateur avec lequel ils peuvent traiter en toute sûreté? Il répugnerait donc à l'esprit de la loi que la femme acceptante, se retranchant, même vis-à-vis des créanciers, dans sa qualité de propriétaire, y pût trouver le principe de ce privilége, à l'aide duquel elle viendrait détruire, après coup, ce que son mandataire légal aurait fait dans les limites de son droit d'administration, et primer, sur les biens de la communauté, des créanciers auxquels la loi même assurait qu'en traitant de bonne foi avec le mari ils acquéraient sur ces biens une action et des droits incontestables. Evidemment il y a une incompatibilité radicale entre ce privilége et les pouvoirs exercés par le mari pendant la durée de la société conjugale, entre ce privilége et le crédit dont le mari doit jouir même dans l'intérêt de l'administration des biens communs. Voilà à quel point de vue la difficulté doit être envisagée vis-à-vis des créanciers; et à ce point de vue, qui paraît avoir été complétement oublié dans le système qu'a fait prévaloir l'arrêt du 15 février 1853, il est vrai, il est juridique de dire que la femme acceptante qui vient exercer ses reprises doit avant tout respecter les droits acquis aux créanciers de la communauté. Il n'y a pas de disposition, en effet, qui accorde à la femme, dans ce cas pas plus que dans celui de renonciation dont nous parlions tout à l'heure, un privilége tel que celui de prendre des biens en paiement et par préférence aux autres créanciers. Pour elle et pour les créanciers, comme nous le disons dans notre *Traité du contrat de mariage*, t. Ier, nº 834, la communauté est un débiteur commun; il est donc juste que ces derniers puissent agir, et que si la femme a des droits, ces droits ne soient pas préférés à ceux de tiers qui ont, avec elle, la qualité commune de créanciers.

Ici, on le voit, nous ne tenons plus aucun compte de cette qualité de propriétaire qui appartient à la femme réglant ses droits avec son mari : c'est la force même des choses, ce sont les principes sainement entendus qui y conduisent, comme ils y conduisaient déjà sous l'ancienne jurisprudence. Mais la qualité de propriétaire fût-elle reconnue en faveur de la femme même vis-à-

Digitized by Google

vis des créanciers de la communauté, il n'en résulterait en aucune manière un droit de préférence pour elle. Il faut remarquer, en effet, que c'est en tant que commune que la femme serait propriétaire; or cette qualité de commune serait indivisible : la femme ne pourrait être admise, dès lors, à décliner les conséquences des engagements souscrits par son mari, pour ne prendre de sa qualité que les conséquences utiles ou fructueuses. Elle reprendrait donc les biens comme biens communs, et les biens ainsi considérés resteraient le gage des créanciers de la communauté. C'est ce qu'enseigne M. Marcadé, sur l'art. 1472, n° 3; et M. Troplong lui-même, bien qu'il ait devancé la Cour suprême dans la doctrine consacrée par l'arrêt du 15 février 1853, est bien de cet avis sur une question spéciale qui présente avec celle-ci une analogie si frappante qu'on ne sait trop comment elle sera résolue quand elle sera soumise à la Cour suprême, si cette Cour continue de marcher dans la voie qu'elle vient de s'ouvrir; nous voulons parler de la question de savoir si la femme commune serait admise à invoquer le droit de préférence résultant de son hypothèque légale vis-à-vis d'un créancier auquel le mari aurait affecté hypothécairement un immeuble de la communauté. M. Troplong est très-positif, sur ce point, dans le sens de la négative (Voy. *Contr. de mar.*, n° 1656, et *Des hyp.*, n° 433 *ter*), et en cela il est d'accord avec la majorité des auteurs (Voy. MM. Grenier, *Hyp.*, t. Ier, n° 248; Persil, *Quest.*, t. Ier, p. 233; Duranton, *Cours de dr. franç.*, t. XIV, n° 516; Valette, *Des priv. et hyp.*, t. Ier, p. 255; Marcadé, *loc. cit.*, et notre *Tr. du cont. de mar.*, t. Ier, n° 834). Et pourquoi? « Parce que, dit-il, l'hypothèque a été donnée par le mari, seigneur et maître de la communauté; en acceptant la communauté, la femme s'approprie cette convention... La femme qui ne veut pas être inquiétée par les hypothèques données par son mari sur les conquêts n'a qu'à renoncer; mais si elle ne renonce pas, si elle reste commune, l'hypothèque conférée par le mari a une toute-puissance à laquelle son acceptation la soumet... » Mais est-ce donc que le mari, seigneur et maître lorsqu'il confère hypothèque, cesserait d'être seigneur et maître dans les obligations chirographaires qu'il passe avec les tiers? Non, sans doute. Pourquoi donc la femme tenue, en sa qualité de commune, de respecter l'affectation hypothécaire, et de voir dans son hypothèque légale une sûreté sans prise aucune sur un conquêt affecté à un créancier de la communauté, se-

Digitized by Google

rait-elle plus affranchie en ce qui concerne les obligations chirographaires, et pourrait-elle les annihiler au moyen de ce privilége avec lequel elle absorberait à son profit des valeurs qui sont le gage des créanciers de la communauté? Vraiment nous n'y voyons aucun motif raisonnable ; et, s'il faut le dire, le droit de préférence résultant de l'hypothèque légale se présenterait plus favorablement que le droit de préférence résultant du privilége, puisque, enfin, l'hypothèque légale de la femme est assise, elle, sur un texte positif de la loi, tandis qu'il n'y a pas de texte qui soit venu dire que la femme aurait aussi un privilége.

A quelque point de vue donc qu'on se place, la décision de la Cour suprême ne nous semble pas pouvoir se justifier. — Propriétaire avec le mari, même vis-à-vis des créanciers, la femme acceptante ne peut venir, pour ses reprises et indemnités, qu'après les créanciers de la communauté, et quand ceux-ci sont complétement payés ; car elle est commune, et comme telle débitrice ; or, les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers : — créancière seulement, son titre n'est ni supérieur ni préférable à celui des autres créanciers ; car la loi ne lui donne pas un privilége qui, d'ailleurs, serait incompatible avec les pouvoirs attribués au mari comme administrateur de la communauté; et dès lors la femme ne peut venir que par contribution avec les autres créanciers.

Nous nous rattachons à cette dernière appréciation, parce qu'elle est plus équitable que la première, les reprises et indemnités étant pour la femme, même vis-à-vis des créanciers, autre chose que des biens de communauté; parce qu'elle était déjà celle qui était admise dans l'ancienne jurisprudence; enfin parce qu'elle rentre de la manière la plus complète dans l'esprit des principes complexes qui régissent la société qu'établit le régime de la communauté.

La Cour de cassation l'a condamnée cependant, comme elle a condamné la première. L'intérêt privé tirera parti, nous en sommes convaincu, du précédent que cette Cour vient de créer. Il saura remettre en question des liquidations que les parties pouvaient croire définitivement accomplies ; après avoir fait consacrer un privilége en faveur de la femme, il n'hésitera pas à réclamer l'efficacité de l'hypothèque légale; après avoir triomphé des créanciers dans les cas ordinaires, il voudra avoir raison des créanciers dans le cas de faillite. Le principe posé par la Cour de

Digitized by Google

cassation est tellement absolu, que le champ est ouvert aux prétentions les plus exorbitantes. Puisse la première qui se produira devant elle être assez radicale pour mettre dans toute son évidence la nécessité, non pas seulement de s'arrêter dans la voie qui vient d'être ouverte, mais encore de revenir en arrière!

PAUL PONT,

Docteur en droit, Président du tribunal de Corbeil

HÉRITIER MINEUR. — APPOSITION DE SCELLÉS.

La cour de Metz a jugé, le 18 mars 1852, que les scellés ne peuvent être levés sans description, si parmi les héritiers se trouve un mineur, fût-il même émancipé et assisté de son père, agissant comme son curateur (Dalloz, 53, II, 14). Tout, sur cette question délicate, réside dans les termes de l'art. 940 C. pr., rapproché de l'art. 911, même Code, et dans leur conciliation avec les art. 451, 776, § 2, 794, 819 C. Nap.; difficulté peut-être plutôt apparente que réelle, comme nous allons le démontrer. Et cependant que d'opinions diverses cette question a fait naître!

Parmi les auteurs nous trouvons tout d'abord MM. Carré et Souquet, qui sont d'avis que, les scellés une fois apposés, doivent demeurer et profiter à tous ceux qui pourraient avoir intérêt; que dès lors, quelle que soit la cause de leur apposition, ils ne peuvent plus être levés qu'avec inventaire ou description. — MM. Chauveau (q. 3140) et Thomine Desmazures (t. II, p. 563) sont du même avis, ajoutant que la nomination ou la présence de tuteurs, dont le défaut ou l'absence avait provoqué l'apposition d'office, fait bien cesser la cause première de cette apposition, mais ne détruit nullement son effet principal, qui est indépendant de cette circonstance. Cependant M. Chauveau ajoute que si l'un des héritiers requiert la levée des scellés sans description, et que toutes les parties soient d'accord pour repousser cette dernière mesure, le juge de paix n'ayant nullement qualité pour l'ordonner d'office, est tenu de se conformer à leur intention, sauf les réserves de droit et la responsabilité légale du tuteur. (*Sic* Aix, 28 juillet 1830; S. 30, II, 356.) — M. Dalloz (v° *Scellés*, n° 12) pense qu'il y a nécessité d'inventaire toutes les

Digitized by Google

fois qu'il y a des mineurs, sans distinguer entre ceux qui sont ou ceux qui ne sont pas pourvus de tuteur; et, au n° 7, il est d'avis que lorsqu'un tuteur a été nommé au mineur par testament, et qu'il est connu, il n'y a pas lieu à apposer les scellés, parce qu'en réalité le mineur a un tuteur. — MM. Carré (q. 2076) et Merlin (*Rép.*, v° *Scellés*, § 3) émettent la même opinion lorsque la tutelle est légale, dans le cas même où il n'y aurait pas de subrogé-tuteur de nommé, et encore que le tuteur légal soit lui-même mineur. —Quant à M. Bioche (v° *Scellés*, n° 116), il pense que la levée des scellés se fait sans description, si la cause de l'apposition cesse avant qu'ils soient levés ou pendant le cours de leur levée; laquelle opinion est la reproduction littérale de l'art. 940, C. pr.— Tel est en résumé le sentiment des auteurs.

Nous l'avons dit : rien ne nous semblerait plus facile que la solution de la question, si l'on s'en tenait simplement au texte de l'art. 940 C. pr. et à sa combinaison avec les art. 911 et 937 même Code. Mais il faut concilier ces articles avec les art. 451, 776, § 2, 794 et 819 C. Nap. Là est la difficulté.

Ainsi, par exemple, l'art. 776, § 2, veut que toute succession échue au mineur ne puisse être acceptée que sous bénéfice d'inventaire; l'art. 794, que, dans toute succession bénéficiaire, il y ait inventaire, soit antérieur, soit postérieur à l'acceptation; enfin l'art. 451 enjoint au tuteur de faire procéder à un inventaire, après la levée des scellés par lui requise. Ces textes, au premier abord, semblent inconciliables avec les art. 911 et 940 C. pr., et cependant, comme nous le disions au début de cet article, la contradiction est plutôt apparente que réelle.

L'art. 911 C. pr. veut qu'il y ait apposition des scellés lorsque parmi les héritiers se trouve un mineur dépourvu de tuteur. Pourquoi cette mesure ? Pour que les intérêts du mineur soient plus efficacement protégés. Et la sollicitude de la loi à cet égard est si grande, qu'elle prescrit l'apposition des scellés, alors même qu'un parent du mineur serait présent. Cela résulte, selon nous, du rapprochement des art. 910 et 911. Maintenant cette sollicitude de la loi cesse lorsque le mineur a un tuteur. C'est qu'après la protection de la loi surgit la protection de celui que la loi elle-même donne pour protecteur au mineur. Voilà pourquoi l'art. 940 C. pr. veut que la cause de l'apposition des scellés venant à cesser, cesse aussi la mesure qui n'en était que la conséquence. Et remarquons-le bien : la loi (art. 911) ne prescrit pas l'ap-

Digitized by Google

position des scellés parce qu'il y a un mineur, mais parce que ce mineur est sans tuteur (Merlin, Carré, Dalloz). Alors seulement existe pour le juge de paix l'obligation d'apposer les scellés d'office. D'où la conséquence, et c'est la loi qui nous la fournit, que si la cause de l'apposition des scellés cesse avant qu'ils soient levés, ou pendant le cours de leur levée, ils doivent l'être sans description.

Mais, dit-on, si la nomination ou la présence du tuteur, dont le défaut ou l'absence avait provoqué l'apposition de scellés, fait cesser la cause première de cette apposition, elle ne détruit pas son effet principal, qui est indépendant de cette circonstance (Chauveau, *loc. cit.*). Nous répondons que l'absence du tuteur est, dans le cas qui nous occupe, la cause première, déterminante, si l'on veut, de l'apposition des scellés ; que l'état de minorité de l'un des héritiers n'est que la cause secondaire, accessoire, si l'on aime mieux ; que la nomination ou la présence du tuteur, cause première, ayant lieu, la cause secondaire disparaît ; et l'art. 940 reprend son empire.

Quant aux art. 776, § 2, 794 C. Nap., leurs dispositions ne contrarient en rien les inductions que nous tirons du rapprochement et de la combinaison des art. 911 et 940 C. pr. Ces articles, conçus dans l'intérêt exclusif du mineur, ne veulent point que les successions qui pourraient lui advenir, soient acceptées autrement que sous bénéfice d'inventaire. Mais autre chose est une acceptation sous bénéfice d'inventaire, autre chose un inventaire. Nous concevons fort bien que toute succession échue à un mineur ne puisse être acceptée que bénéficiairement; mais nous concevons aussi que le tuteur puisse, sauf la réserve des droits qui incombent au mineur, et la responsabilité légale du tuteur, renoncer à faire inventaire. L'art. 451 C. Nap. enjoint bien, à la vérité, au tuteur de faire procéder à cet inventaire après la levée des scellés par lui requise ; mais il peut, engageant ainsi sa responsabilité personnelle, ne pas se conformer aux prescriptions de ce dernier article. Aussi la cour d'Aix, par son arrêt du 28 juillet 1830, ci-dessus cité, a-t-elle décidé que le juge de paix qui a apposé les scellés sur les effets d'une succession à laquelle est appelé un héritier mineur, doit, si le tuteur du mineur le requiert, lever les scellés sans description et se retirer, lorsque, d'ailleurs, il n'y a point d'autres intéressés qui requièrent la levée avec description. A plus forte raison doit-on le décider ainsi

Digitized by Google

lorsque tous les intéressés se réunissent pour demander que les scellés soient levés sans description ou inventaire.

Et c'est en cela, selon nous, que consiste l'erreur de la cour de Metz. En effet, sa décision se concevrait en présence d'une lutte entre les divers intéressés, les uns requérant la levée des scellés sans inventaire, les autres s'y opposant; mais elle ne se conçoit plus dès que tous les intéressés requéraient la levée sans description.

Ajoutons un dernier argument. L'art. 819, C. Nap., porte que le scellé sera apposé à la diligence du ministère public, ou d'office par le juge de paix, toutes les fois qu'il y a des mineurs parmi les héritiers; et cela, l'article ne distinguant pas, alors même que le mineur serait pourvu d'un tuteur, et que ce tuteur garderait le silence. C'était, il faut en convenir, pousser la sollicitude de la loi jusqu'à l'indiscrétion. On s'en aperçut bien, et le n° 1 de l'art. 911 C. pr. fut fait justement pour ne provoquer l'intervention du juge de paix, que lorsque le mineur serait sans tuteur; ou que, en ayant un, celui-ci se trouverait absent de l'ouverture de la succession.

Cette considération, qui n'est, si l'on veut, qu'un argument de texte, est cependant décisive. La loi ne dit-elle pas, en effet, que l'initiative du juge de paix ne doit s'exercer que lorsque le mineur est sans tuteur présent; et la conséquence qu'il en faut tirer, n'est-elle pas que si, dans les cas les plus ordinaires, les scellés apposés en conformité de l'art. 911 C. pr. doivent être levés avec description ou inventaire, comme le prescrit l'art. 397 même Code, cette nécessité de l'inventaire cesse lorsque, avant la levée des scellés, le tuteur est nommé ou présent?

Ces courtes réflexions suffisent, selon nous, pour démontrer l'erreur dans laquelle est tombée la cour de Metz. Car, devant elle, toutes les parties requéraient la levée des scellés sans description. Comment donc a-t-elle pu se refuser à accéder à leur demande? En disant que les scellés une fois apposés ne pourraient plus être levés sans description ou inventaire. Doctrine dont nous espérons avoir démontré l'inexactitude; car l'art. 940 C. pr. a été justement fait pour autoriser la levée des scellés sans la formalité de l'inventaire, quand la cause qui avait nécessité leur apposition vient à cesser avant ou durant le cours de leur levée.

CAMOUILLY,
Juge au tribunal civil de Périgueux.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts contenus dans les recueils de Janvier 1853.

(Deuxième article [1].)

SOMMAIRE.

1. Donations déguisées. — Préciput.
2. Cumul de la portion disponible et de la réserve.
3. Questions diverses dont l'examen est réservé.
4. Office ; démissionnaire ; privilége. Vœu pour que les décrets qui ordonnent un remplacement prévoyent la difficulté.
5. Si l'avocat est tenu d'écouter debout et découvert, l'arrêt de condamnation prononcé en Cour d'assises?
6. Si les actions disciplinaires dirigées par le ministère public contre les notaires pour contravention à la loi du notariat doivent être instruites, jugées et portées en appel selon les formes civiles, et sans mélange des formes correctionnelles?
7. Si l'intimé peut se prévaloir encore de l'absence de réserves dans l'acte d'appel, après avoir posé d'autres exceptions ou des défenses au fond?
8. Si les Cours impériales ont le pouvoir de juger par évocation du fond, sur un appel d'incompétence, une cause de premier ressort?

Parmi les nombreux arrêts qui se trouvent recueillis dans les cahiers de janvier 1853, il y en a que je ne ferai, pour ainsi dire, que signaler, quoiqu'ils mériteraient des remarques étendues : mais, outre qu'il faut savoir s'arrêter, une foule de raisons peuvent me commander le silence : quelquefois, la crainte de répéter ce qui a été bien dit par d'autres ; plus souvent encore, celle de me tromper par trop de précipitation.

1. — Rejet, 10 nov. 1852 (*J. P.* t. I. de 1853, p. 5). — « Il est permis aux juges du fait de décider si les libéralités, déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, sont ou ne sont pas sujettes à rapport, et par conséquent de puiser dans les circonstances la volonté de préciput ou l'absence de cette volonté. » — Telle est la doctrine de l'arrêt, accompagné au Journal du Palais d'un excellent article de M. P. Pont, développant une pensée différente : « Toute donation déguisée est, dit-il, nécessairement sujette à rapport, à moins que le donateur effectif, n'ait fait séparément une déclaration de préciput. »

[1] Voy. à la p. 353.

Digitized by Google

Je me garderai bien d'un avis hasardé sur ce point important, mais je penche fortement vers la doctrine de la Cour de Cassation; car, à mes yeux, l'article 843 ne parle pas des donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, et je ne peux pas les croire comprises sous le mot de donation entre-vifs, qui, dans le langage de la loi, signifie les donations formelles. Cet article 843 ne me paraît parler que des donations entre-vifs faites *directement* à l'héritier, ou *indirectement* par personnes interposées, et les articles 847, 848 et 849 du C. N. déterminent parfaitement cette dernière expression (*indirectement*) au sens d'une donation *formelle* faite indirectement à un héritier présomptif, par le canal d'une autre personne interposée. Pour trouver dans la section des rapports les donations déguisées sous l'apparence d'un contrat onéreux, il faut aller jusqu'à l'article 853; article qui n'est pas complet, qui ne peut pas l'être, parce que les moyens de cacher un fait sont infinis. Alors, il peut y avoir, non pas donation entre-vifs indirecte, mais *avantage indirect*, nuance d'expression qui, je le crains, n'aurait pas été assez examinée. Pour moi je crois qu'une libéralité peut être à la fois latente et directe, patente et indirecte, et par conséquent, je comprends la puissance du juge du fait sur des cas que les textes n'ont pas décidés; je la comprends d'autant plus qu'ils suivent l'exemple de la loi qui, en certains cas, déclare préciputaires les donations déguisées sous un autre contrat, (*V. l'art.* 918) en les imputant de plein droit sur la portion disponible.— Je m'arrête, car je suis loin de décider. Je pose des jalons. Que de plus habiles mesurent ensuite.

2. — Grenoble, 2 fév. 1852; Amiens, 7 déc. 1852 (*J. P*, t. I. 1853, p. 76 et 78). — Voilà deux arrêts en sens contraire sur la question de savoir si l'enfant donataire qui renonce à la succession peut retenir sur son don, quotité disponible et réserve. La Cour de Grenoble a admis le cumul contre son ancienne jurisprudence; la Cour d'Amiens a réduit à la portion disponible l'enfant donataire renonçant, par un arrêt dont tous les motifs s'enchaînent dans un ordre logique, admirable de clarté et de puissance de réfutation. Que de motifs ici, pour m'abstenir de réflexions! Après le livre que j'ai publié sur la question même [1], je

[1] Limite du droit de rétention par l'enfant donataire renonçant, 1 vol. in-8°. Paris, Cotillon.

Digitized by Google

paraîtrais, contre mon caractère, me livrer à une lutte orgueilleuse là où je ne désire qu'un retour à la vérité légale, et où j'ai la confiance que l'impartialité de la Cour suprême fera subir à cette question un nouvel examen; et puis ne serait-ce pas nuire à la vérité même sur une question de principe, que d'offrir quelques arguments épars, quelques observations partielles et incomplètes? Les mêmes sentiments m'ont aussi empêché de répondre à la critique bienveillante de M. Gabriel Demante, qui s'est deux fois manifestée dans ce recueil.

3. — ARRÊTS DIVERS SUR LES SUCCESSIONS, DONATIONS, PARTAGES D'ASCENDANTS. — C'est le même besoin d'ensemble dans le point de vue et de réunion d'espèces de même nature pour les comparer, qui me défendent d'aborder, actuellement du moins, certaines questions intéressantes :—Si les biens composant le partage d'ascendant fait par donation entre-vifs, lesquels ne sont pas sujets à rapport, sont néanmoins soumis à la réunion fictive pour le calcul de la quotité disponible. Deux arrêts d'Angers ont décidé en sens contraire (*Angers*, 2 *juil.* 1846 *et* 22 *juil.* 1852, *J. P.* t. I. de 1853, p. 54 et 55). — S'il serait vrai, à moins d'une ignorance de droit et d'une erreur causée par cette ignorance sur une personne faible, qu'on pût annuler une donation en avancement d'hoirie parce qu'on y trouverait une condition sur succession future, et un pacte proscrit sur la réserve (*Orléans*, 22 *mars* 1852. *Dev. et Car.* 53, 2, 13), malgré l'article 900 du C. Nap., qui veut que les conditions contraires aux lois soient réputées non écrites. — Si le partage d'ascendant est révoqué par la survenance d'enfants, et si cette révocation peut être invoquée par les légataires (*Caen*, 10 *mai* 1852. *Dev. et Car.* 53, 2, 74). — Quelle est l'étendue des réserves réciproques d'usufruit que peuvent faire deux époux donateurs dans un partage d'ascendants, et quelle est leur validité (*Poitiers*, 10 *juin* 1851. *Dal.* 53, 2, 11). — Si les ascendants, dans leurs partages par donation entre-vifs, peuvent distribuer les biens à leur volonté, pourvu qu'ils n'en rompent pas l'égalité; s'ils ont la même liberté dans les partages testamentaires, (*J. P.* t. I. de 1853, où il cite un *arrêt de Cologne du* 23 *avril* 1852 et une consultation de M. *Arntz*, professeur à la faculté de droit de Bruxelles : — Toutes questions intéressantes, mais dont la discussion serait trop étendue. Je dois les signaler seulement pour exciter l'attention de ceux qui voudront les saisir, ou pour m'en emparer plus tard quand je

Digitized by Google

rencontrerai un plus grand nombre d'objets de comparaison.

4. — Besançon, 4 Janv. 1853 (*J. P.* t. I. 1853, p. 22). — C'est aussi *pour mémoire* seulement que je cite cet arrêt, décidant que le vendeur primitif d'un office a privilège sur le prix quand son successeur n'a pas été destitué, mais qu'il est démissionnaire, et que le gouvernement, en acceptant sa démission, lui a conservé la valeur de son office, et a ordonné qu'elle fût arbitrée par le tribunal.

Il est possible que, même aux yeux de la Cour suprême, il existe une différence entre cette espèce et celle où le titulaire a été frappé de destitution ; possible que d'après les termes même de la décision de haute administration qui accepte la démission, l'intention du gouvernement, soit que les ayant cause de l'officier ministériel qui n'est que démissionnaire et non destitué, se distribuent la valeur de l'office de la même manière et selon le même droit que si le titulaire avait présenté son successeur.

Mon intention n'est pas d'examiner ces nuances ; elle n'est pas même d'exprimer une opinion inutile et sans poids entre les Cours qui maintiennent le privilége au profit du cédant de l'office même au cas d'une flétrissante destitution, et celles qui le refusent d'une manière absolue : mon intention est d'attirer les regards bienfaisants de l'administration sur un motif de l'arrêt de Besançon : « S'il est juste de frapper un titulaire indigne, il n'y a « pas de légitimes motifs pour changer la condition d'un créancier, « et pour distribuer son gage à d'autres créanciers *qui n'ont pas* « *dû y compter.* »

Or, il est juste qu'un officier ministériel (je parle du premier titulaire) qui s'est établi à prix d'argent, et souvent avec les ressources combinées de deux familles (la sienne et celle de sa femme), qui a traité, sous la foi de l'État, dans la croyance qu'il pourrait revendre ; qui a vécu laborieusement, honorablement, ait, dans sa vieillesse, pour lui et pour les siens, en transmettant sa charge, un privilége qui lui assure à l'avenir la représentation pécuniaire de ce qu'il transmet.

La destruction du privilége ne frappe donc pas l'officier coupable ; elle frappe l'homme honorable dont l'office était le meilleur effet, et le frappe à un âge où il ne peut plus réparer ni même adoucir ses pertes par le travail.

A qui profitera-t-elle ? A des créanciers chirographaires, qui tous savaient que l'office était dû ; qui avant de prêter, pou-

Digitized by Google

vaient se faire justifier s'il était ou non payé ; dont la plupart ont été imprudents, et dont les derniers sont presque toujours indignes de faveur, car la dernière ressource de l'homme qui se ruine a toujours été la bourse de l'usurier.

Aussi, quoique peut-être les arrêts pour et contre aillent un peu loin, en déterminant chacun à sa manière le sens d'un acte de haute administration, je ne veux pourtant pas contester ni que par la destitution, le droit de présentation ne soit éteint ; ni que l'indemnité déposée à la caisse des consignations par le nouveau titulaire ne soit un bienfait de l'Etat. Je crois dès-lors que la Cour de cassation juge conformément au droit, en décidant que la somme due par le successeur d'un officier ministériel destitué ne peut être *in apicibus juris* frappée d'un privilége.

Mais par la même raison, puisque l'Etat agit par voie gracieuse, et qu'il peut imprimer telle direction qu'il lui plaît à un bienfait, pourquoi ne pas appeler l'attention de S. M. I. sur la rédaction de ces décrets équitables.

C'est par un scrupule religieux pour l'administration de la justice que la haute administration de l'Etat emploie ces mots « *à qui de droit*, » mais puisque l'intention du souverain est de conserver les droits acquis, et que de ces droits acquis, le plus précieux se trouve éteint par une interprétation juridique, conforme aux règles du droit peut-être, mais certainement contraire à l'équité, pourquoi le décret qui prescrit une indemnité gracieuse n'exprimerait-il pas une volonté de conservation du droit du premier propriétaire, il suffirait d'y insérer cette clause : « *à qui de droit aurait été, si le destitué eût été admis à faire la* « *présentation de son successeur.* »

Ainsi cesserait d'une manière juste et régulière, par la volonté souveraine, une foule de difficultés ; ainsi l'équité remplacerait un droit rigoureux ; ainsi l'officier innocent ne serait pas ruiné par la faute de son successeur coupable. Dès que l'Etat a créé une nouvelle espèce de propriété dans les offices, l'Etat doit protection à l'ancien officier qui a vécu avec probité, qui s'est retiré intact, et qui a confié cette propriété, avec l'agrément du gouvernement, à un successeur dont les fautes lui sont étrangères.

5. Rejet, ch. crim. 18 novembre 1852 (*Dev. et Car.* 1853, 1, 42). — Arrêt rejettant le pourvoi contre une décision discipli-

Digitized by Google

naire de la Cour d'assises d'Angers, qui condamnait à la peine d'avertissement un avocat de ce barreau, pour refus de se lever sur l'invitation du président au prononcé de l'arrêt.

Je me hâte de dire que le jury avait prononcé une déclaration de non culpabilité. Le ressentiment du succès pouvait encore allier l'avocat au client.

Mais qu'on n'étende pas la décision de l'arrêt. Il est conçu en termes trop généraux. Dans la pratique, on ne doit pas condamner l'avocat plaidant au criminel, à se lever pour écouter une condamnation flétrissante.

S'il a été nommé d'office, il a assez de la charge de la défense, qu'il aurait peut-être refusée au client; s'il a été choisi par la partie, c'est un honnête homme trompé; et il n'appartient à aucun magistrat de lui ordonner de subir une humiliation, debout et découvert.

Son office est accompli quand il a plaidé devant le jury et parlé ou refusé de parler sur l'application de la peine. Si son office est accompli, de quel droit identifierait-on l'avocat au condamné?

Il est vrai qu'en matière civile, son devoir est d'écouter *debout et découvert* les jugements et les arrêts, et de faire avec sobriété, à l'instant même, des observations sur ce que la rapidité du délibéré a pu laisser d'incomplet et d'obscur dans une rédaction concise et presque improvisée. Le devoir d'écouter est motivé à la fois sur le respect dû aux magistrats, et sur l'utilité pour le client d'observations qui assurent le sens de la rédaction prononcée.

Mais à la Cour d'assises, ce n'est pas manquer de respect aux magistrats que de quitter l'audience avant l'arrêt; ce n'est pas leur manquer de respect, que de rester consterné sur le banc des avocats quand la foudre de la justice frappe le front du client; ce n'est pas leur manquer de respect, que de ne pas partager, en se levant, la honte du condamné. A la cour de Paris, il n'y a pas eu un seul magistrat qui ait exigé cette humiliation cruelle. Qu'on n'invoque pas pour l'obtenir les anciens usages ni les écrits modernes. Les anciens usages du barreau n'ont aucun trait à cette position; alors, au grand criminel, la sentence était lue dans la prison. Quant aux écrits modernes où l'on a cru devoir fixer par l'imprimerie les traditions du barreau, je suis loin de les approuver, parce que la tradition écrite cesse d'être

Digitized by Google

tradition; parce que l'écriture sépare les jeunes avocats des anciens, leur fournit la lettre morte, et les empêche de recourir à ces entretiens de tous les jours où se communiquait de vive voix l'esprit de l'Ordre. En outre, le danger des écrits est qu'on se contente d'en prendre une phrase en la séparant du reste. Par exemple, si l'on en croit le recueil, l'ouvrage de M. Mollot a été cité. Or, prenez le n° 151, p. 118 et vous verrez qu'il s'agit dans sa règle des audiences civiles où l'on peut faire des observations, puisqu'il parle aussitôt de la faculté d'en présenter; et non des audiences au grand criminel où nulle observation ne peut être admise sur la peine prononcée. Je maintiens donc, malgré les termes généraux de l'arrêt, que l'avocat en Cour d'assises n'est pas tenu de se tenir debout pendant la prononciation de l'arrêt de condamnation. Il cesse, au premier mot, d'être défenseur de l'accusé.

6. — Montpellier, 27 déc. 1852 (*Dev. et Car.* 1853, 1, 9). — Le notaire Andriot, frappé d'une peine disciplinaire, par un tribunal du ressort de la Cour de Montpellier, interjeta appel du jugement qui le condamnait en vertu de la loi du 25 ventôse an XI. Il interjeta cet appel dans la forme civile, et dans les délais du Code de procédure; l'arrêt de la Cour impériale de Montpellier a déclaré l'appel tardif parce qu'il n'avait pas été relevé dans les dix jours de la prononciation du jugement, conformément à l'article 203 du C. d'inst. crim. — La condamnation devint donc définitive.

Selon la Cour, sa jurisprudence et celle des tribunaux de son ressort est de considérer les jugements en matière de discipline notariale comme participant à la nature des jugements de police correctionnelle; à l'exception qu'on doit porter l'action devant les chambres civiles du tribunal; qu'ainsi l'application des règles de la procédure civile à ces affaires est irrégulière.

Cette opinion expliquée par une colonne de motifs parfaitement déduits, me paraît contraire d'abord à la loi, puis à la jurisprudence de la Cour de cassation et des autres Cours impériales.

C'est une erreur d'assimiler les poursuites purement disciplinaires aux procédures répressives des délits correctionnels. Ecoutons M. le conseiller Troplong dans un rapport à la Cour de Cassation sur le pourvoi d'un instituteur qui avait interjeté, par déclaration au greffe, suivant l'analogie dudit article 203, son appel contre un jugement du tribunal civil prononçant contre lui des

Digitized by Google

peines disciplinaires : « L'action disciplinaire a toujours été distin-
« guée de l'action criminelle, comme appartenant à un autre
« ordre d'idées. Cette distinction est si profonde et si tranchée,
« qu'il a été plusieurs fois décidé que le même fait peut, après
« l'épuisement de l'action criminelle, donner sujet à l'action
« disciplinaire; l'action criminelle en effet ne peut porter que
« sur des faits parfaitement caractérisés par la loi, crimes,
« délits ou contraventions. L'action disciplinaire, au contraire,
« peut s'étendre à tous les faits non caractérisés qui blessent
« l'honneur, la délicatesse du corps ou de la profession pu-
« blique à laquelle on appartient.

« Elle peut s'étendre aux faits plus graves, mais alors, quand
« après avoir donné à la société la satisfaction à laquelle elle a
« droit pour les atteintes qualifiées par la loi, crime, délit ou con-
« travention, on édifie une poursuite disciplinaire, l'action in-
« tentée est toute autre chose que l'action criminelle déjà vidée.
« Sans cela il y aurait lieu à la maxime *non bis in idem*. Le fait
« est alors considéré sous un autre rapport. L'intérêt de corps
« et l'honneur de la profession prennent la place de l'intérêt so-
« cial. Une correction domestique (*castigatio domestica*) s'a-
« joute à la peine publique : ce n'est plus la justice répressive qui
« agit, c'est le pouvoir censorial qui s'exerce. Et cette diffé-
« rence, dans l'essence des deux actions, se reproduit dans les
« tribunaux chargés d'y statuer. La poursuite criminelle se fait
« devant les Cours d'assises, les tribunaux correctionnels et de
« simple police; la poursuite disciplinaire devant les tribunaux
« civils. Il ne faut pas que cette poursuite ait un caractère aussi
« grave, aussi public, aussi flétrissant..... (*V. le rapp. lors de*
« *l'arrêt du* 6 *mai* 1844, *Dev. et Car.* 1844, 1, 560). »

Telle est l'exposition des principes généraux sur le caractère civil des poursuites disciplinaires, et je me hâte de dire que les lois spéciales aux diverses professions qui y sont soumises ont pu, en certains cas, simplifier les formes, abréger les délais; mais que ces règles sont spéciales et ne passent pas à d'autres professions pour lesquelles cette simplification ou cette abréviation n'aurait pas été écrite.

Du général je descends au particulier, à l'action disciplinaire en matière notariale, et je confesse que la loi du 25 ventôse an XI spéficie les faits qui peuvent donner lieu à la poursuite

Digitized by Google

disciplinaire devant les tribunaux civils, et par conséquent que les faits sont ici caractérisés par la loi.

Mais peu importe qu'ils soient caractérisés par la loi, si la loi n'en attribue pas la connaissance aux tribunaux de répression. La loi caractérise aussi et définit spécialement le *stellionat*, dans l'article 2059 du C. Nap. Or, quoique défini par la loi, le stellionat n'est qu'un délit civil et ne pourrait pas seul motiver une action correctionnelle. De même que l'article 2059 du C. Nap. n'a pas imprimé le caractère de délit correctionnel au stellionat, tout en lui infligeant la honte du *par corps*, de même la loi du 25 ventôse an XI, en énonçant dans les articles 13, 16 et 17, des cas d'amende ; en énonçant dans l'article 16, 18 et 23 des cas de destitution, suspension et dommages-intérêts n'a pas imprimé le caractère de crime ni de délit, ou même de contravention de police aux cas qu'elle a prévus et caractérisés ; donc, la loi de l'an XI, spéciale aux notaires, laisse la juridiction disciplinaire dans cette profession, comme dans les autres, aux mains de la juridiction civile, et les actions sous la direction des lois de procédure civile.

Car, il ne faut pas croire que toutes les amendes de contravention soient déterminatrices de la juridiction correctionnelle ou de police. Sans parler ici des amendes de timbre ou d'enregistrement, il y a une foule d'amendes purement civiles : amende de pourvoi en cassation, de fol appel, de tierce opposition déclarée non recevable, de requête civile ; amende prononcée contre le demandeur en faux incident dans les cas prévus par les articles 247 et 248 du C. de pr. civ., amende contre le témoin défaillant (art. 203 et 204), amendes contre les fonctionnaires chargés de la tenue des actes de l'état civil pour certaines irrégularités (C. Nap., art. 50) : dans tous ces cas, il est évident que la justice civile est seule compétente, et qu'on n'a rien à emprunter ni au Code d'instruction criminelle ni au Code pénal.

Ainsi, disons hardiment que la jurisprudence de la Cour de Montpellier est, en cette matière, contraire à la loi et à son esprit. Toutes les fois que la loi n'attribue pas un fait aux tribunaux de répression (sans qualifier le fait de crime, de délit, ou de contravention de police), le fait tombe dans la juridiction du tribunal civil et doit être jugé suivant les lois civiles ordinaires.

Cela est encore plus certain quand la loi porte précisément que le *tribunal civil* connaîtra des destitutions, suspensions, amendes

Digitized by Google

et dommages-intérêts encourus (V. l'art. 53 de la loi). C'est le sens grammatical ; c'est le langage habituel de la loi. L'article 50 du C. Nap. le prouve en parlant des actes de l'état civil : « Toute « contravention aux articles précédents, de la part des fonc- « tionnaires y dénommés, sera poursuivie *devant le tribunal de « première instance*, et punie d'une amende qui ne pourra excé- « der 100 francs. » Il serait en effet monstrueux de voir traduire en police correctionnelle un maire pour irrégularité dans les registres qui constatent l'état des citoyens, car ce serait indirectement attribuer à la justice criminelle un pouvoir sur la tenue des registres qui ne dépendent que de la justice civile, et l'on saperait par les fondements le principe tutélaire que les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les questions d'état, et que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question civile : on arriverait ainsi à violer le principe par des poursuites correctionnelles contre le rédacteur des actes.

C'est donc à cause de la stabilité due à l'état des hommes, que la loi a voulu que les contraventions même des officiers de l'état civil fussent jugées et punies par les tribunaux de première instance, et par conséquent qu'elles fussent jugées civilement. De même, c'est à cause de la stabilité due aux conventions authentiques, que la conduite des notaires dans la réception de ces conventions, dans leur rédaction et leur conservation, doit être jugée par les tribunaux civils, dans les formes civiles, et pas autrement. Qu'on y fasse attention, les lois sur le notariat et sur les actes de l'état civil sont de la même époque, toutes deux de ventôse an XI, et faites dans le même esprit.

On remarquera de plus que les destitutions et les suspensions détruisent ou altèrent la propriété de l'office aux mains du notaire. Je sais bien qu'en l'an XI la vénalité des offices n'existait pas en principe ; mais tous les hommes de mon âge savent qu'elle existait de fait ; que la jurisprudence admettait facilement l'action en paiement d'une somme convenue pour avoir donné une démission, et que si l'office n'était pas vénal, la clientelle et les minutes étaient alors considérées comme une propriété. La loi du 28 avril 1816 n'a fait que régulariser cet état de choses, bien connu du gouvernement, même en l'an XI. Il n'y a pas d'autre moyen d'entendre les articles 54 et 55 de la loi de ventôse ; pas d'autre moyen d'entendre les paroles de M. Favard, parlant au

Digitized by Google

nom du Tribunat : « Pour concilier les intérêts de la société avec « *ceux des titulaires* ou de leurs héritiers, le projet donne à « ceux-ci la faculté de céder à un autre notaire de la même rési- « dence *les minutes* de la place vacante : son motif est d'établir « une concurrence *utile aux parties intéressées.* » Il n'y a pas d'autre moyen non plus d'entendre ce langage de M. Réal, orateur chargé de soutenir le projet, en repoussant les concours de 1790 : « C'est aussi *une propriété* sans doute que cette confiance « méritée ! que cette clientelle acquise par une vie entière con- « sacrée à un travail opiniâtre et pénible ! Mais si dans la place « qu'il occupe, le fonctionnaire ne peut jamais espérer *de pou-* « *voir*, en aucune manière, *disposer* de cette propriété, s'il ne « peut avoir une influence *même indirecte* sur la disposition qui « en sera faite ; s'il est convaincu que toutes les peines qu'il se « donne *ne profiteront qu'à lui seul ;* il se regardera comme un « simple usufruitier ; et il EXPLOITERA son emploi comme un usu- « fruitier exploite la terre dont un autre a la nue-propriété !... » Ces idées, si clairement exprimées, établissent bien que sous le Consulat même, le chef de l'État regrettait cette propriété que nos ancêtres appelaient *offices* ; qu'il voyait dans sa nature permanente plus d'utilité pour le public, que les rhéteurs du XVIIe siècle n'y avaient signalé d'inconvénients, et qu'au moins pour le notariat, il créait une propriété viagère, avec des moyens indirects de transmission pour l'avenir.

Or, cette vérité démontrée, que dès-lors le chef de l'État regardait le titre comme une propriété que les préjugés du temps lui commandaient de ne pas reconnaître à voix haute, explique encore pourquoi juridiction est conférée aux tribunaux civils : le législateur ne veut pas abandonner une propriété acquise par le travail, et pour partie au moins à prix d'argent, aux hasards d'une enquête faite sans les précautions nécessaires pour la garantie civile du droit de propriété.

La Cour de Montpellier s'est donc placée à un point de vue trompeur quand tout en reconnaissant que dans ces causes la loi attribuait juridiction aux tribunaux civils, elle a dit que « ces « actions ayant pour but principal et essentiel la répression des « contraventions à une loi spéciale, et les amendes encourues par « les notaires présentant un caractère mixte et participant de la « nature des peines correctionnelles, l'action dirigée contre un « notaire pour contravention à la loi du 25 ventôse, doit être in-

Digitized by Google

« troduite et réglée suivant les formes et les délais prescrits par « le Code d'instruction criminelle. »

Cette doctrine méconnaît, non-seulement l'origine, mais la volonté de la loi, qui donne bien l'action publique aux procureurs impériaux, mais qui la leur donne au civil, et devant le tribunal civil, par conséquent dans les formes civiles. En quoi donc l'application stricte de la loi sur la procédure civile présenterait-elle « dans la pratique, comme le dit l'arrêt, des difficultés graves, « des inconvénients sérieux, et soumettrait-elle le ministère pu- « blic à des formalités *incompatibles* avec la nature de ses fonc- « tions, *restrictives* de sa liberté d'action, et *blessantes* pour sa « dignité? » L'arrêt va nous le dire : « Il est restrictif de la li- « berté d'action du ministère public, agissant comme partie prin- « cipale, d'être assujetti aux règles de la preuve par témoins dé- « terminées par le Code de procédure civile; et surtout de voir « cette preuve subordonnée pour son admission à l'appréciation « préalable du tribunal civil!... » Qu'est-ce donc qu'une pareille crainte? Et pourquoi ne soumettrait-on pas au tribunal la question de savoir si les faits que le ministère public demande à prouver sont pertinents et admissibles? Si par leur nature, ils doivent entraîner la destitution ou la suspension, en quoi l'action du ministère public serait-elle entravée par cette demande? Et pourquoi admettrait-on des témoins si les faits articulés, et que le ministère public a tant de moyens de recueillir et d'exposer exactement, n'étaient pas susceptibles d'entraîner la condamnation demandée? Parlerai-je de la crainte exposée dans l'arrêt, de voir le ministère public réduit à signifier des qualités, ou à plaider sur le mérite d'une opposition à jugement par défaut? Non, ce sont des détails inhérents à la procédure civile; mais il n'y a là rien de nouveau ni de blessant.

Quand le ministère public demande d'office et comme partie principale la nullité d'un mariage (C. Nap., art. 184), quand il demande l'interdiction de l'imbécile abandonné (491), est-ce qu'il n'est pas de sa dignité de se conformer aux lois de la procédure civile, et d'articuler les faits qui le mettent dans la douloureuse nécessité d'exercer une action civile au nom de la société? Par conséquent l'observation des lois ne blesse jamais la dignité du magistrat.

Ainsi, malgré les usages des tribunaux du ressort de Montpellier, les principes doivent rester immuables.

Digitized by Google

Les actions disciplinaires sont des actions civiles et du ressort des tribunaux civils de première instance.

Elles doivent être instruites et jugées suivant les formes établies par le Code de procédure civile, sous les seules modifications que les lois spéciales et les règlements de la profession indiquent.

Les délais et les formes d'appel en matière de discipline notariale sont les mêmes qu'en matière civile, et l'appel interjeté au greffe est nul, comme l'appel interjeté dans les délais de l'article 443 du C. de pr. est valable : ce n'est que justice, puisque ces jugements ne sont exécutoires qu'à partir de la signification, et qu'ils sont exécutoires par provision à partir de cette signification pour toutes les condamnations autres que les condamnations pécuniaires. Or, où a-t-on jamais vu une loi pénale proprement dite, qui frappât pendant la durée de l'appel? Les formes d'enquête doivent être les mêmes et offrir les mêmes garanties, puisqu'on ne peut dépouiller provisoirement de l'usage de la propriété et risquer de ruiner un père de famille, un officier public sur les formes un peu tumultuaires de l'instruction correctionnelle. On peut consulter utilement, sur l'état de la jurisprudence en cette matière, une note fort bien faite du recueil de MM. Devilleneuve et Carette (1845, 1, 171) sur un arrêt de la Cour de cassation du 18 fév. 1845, lequel n'a pas statué sur ces importantes questions par l'unique raison qu'elles n'avaient pas été proposées devant la Cour royale : cette note reproduit les arrêts antérieurs, et surtout un arrêt de cassation rendu sur le pourvoi du procureur-général dans l'intérêt de la loi, le 30 juin 1814. On peut y joindre l'arrêt du 6 mai 1844 (même recueil, 44, 1, 16), dans l'affaire de l'instituteur.

Nota. On a vu ci-dessus, n° V, un arrêt de la Ch. crim. de la Cour de cassation sur une faute contre la discipline commise par un avocat. Le lecteur judicieux a compris que la Ch. crim. n'était compétente que parce qu'elle statuait sur un arrêt de la Cour d'assises, et que la compétence de cette Cour était fondée, non sur la nature du fait, mais parce qu'il s'était passé à l'audience.

7. — Paris, 3 janv. 1853. Dev. 53, 2, 41 (*J. P.* t. I. p. 81). — Cet arrêt porte, dit-on, sur une question délicate de procédure, et, selon moi, sur une question du fond. Charpisson avait obtenu un jugement contre Quignard. Quoiqu'il n'eût pas gagné son procès sur tous les chefs, il fit signifier son jugement sans faire réserve

Digitized by Google

d'en interjeter appel, et plus tard, interjeta cet appel. L'intimé, tout en concluant d'abord à ce que l'appel fût déclaré nul, *non recevable* et mal fondé, sans expliquer les causes de ses exceptions et défenses, signifia ensuite une requête dans laquelle il n'articula pas la fin de son non-recevoir résultant du défaut de réserves dans la signification du jugement, et se borna à opposer un défaut d'intérêt et à discuter le fond. Comme il est d'usage, on n'avait pas vérifié la procédure, et l'on ne se doutait pas de la fin de non-recevoir. Mais au jour de l'audience, Quignard, qui enfin avait lu la signification, s'empara de ce moyen et voulut écarter l'appel. Grâces au silence des arrêtistes qui veulent que les lecteurs reconstituent les faits, comme les docteurs rétablissent les espèces dans les fragments recueillis au digeste, nous ignorons même si Quignard avait évidemment tort au fond et nous ne pouvons que le présumer. Quoiqu'il en soit, la Cour a débouté l'intimé de la fin de non-recevoir résultant du défaut de réserves dans la signification, parce qu'elle n'était pas *d'ordre public*, et qu'en conséquence elle était susceptible d'être couverte.

Mais il y a des exceptions de droit privé qui n'en sont pas moins des exceptions péremptoires (par exemple, celle du défaut d'intérêt ou de qualité) et qui peuvent être opposées quand on a conclu au fond.

Nous avons une loi, l'article 443 du Code de procédure, qui confère à l'intimé le droit d'interjeter incidemment appel en tout état de cause, quand même il aurait signifié le jugement sans protestation ; et tous en ont conclu que la partie qui signifiait le jugement sans protestation au moins générale contre les chefs lui faisant grief, renonçait par là même à l'appel, si son adversaire ne le relevait pas de cette renonciation, en interjetant appel de son côté.

Il n'y a rien d'injuste dans cette loi. Celui qui lève et signifie le jugement a tout le loisir d'en examiner et d'en peser le dispositif, et de voir en quoi il blesse ses intérêts.

Dès que la signification sans réserve est un consentement que le jugement soit exécuté tel qu'il est rendu, pour le cas où l'adversaire n'userait pas de son droit d'appel ; pareille signification, si l'huissier, ou l'avoué qui l'en charge, n'a pas un pouvoir du client de le *faire ainsi*, est soumise au désaveu (C. Pr. art. 352) : de sorte que, si elle a été faite sans ordre du client, il a un recours contre l'officier ministériel.

Digitized by Google

La renonciation implicite que contient cette signification devient la propriété de la partie adverse, tant qu'elle n'en interjette pas appel. Si elle usait de cette faculté, elle répudierait ce bénéfice.

Dans l'espèce, Quignard n'a point appelé; dans l'espèce, il ne s'était même pas aperçu que la signification ne portait pas de protestation : — L'arrêt le prouve, car on y lit : Il y avait une fin de non-recevoir « dont Quignard *ne soupçonnait pas l'existence.* »

Il ne s'en aperçoit qu'après sa requête au fond, et vient dire à l'audience : « Vous avez renoncé à l'appel, sous condition que je n'appellerais pas; je n'ai point appelé : donc votre renonciation subsiste, et je vous l'oppose. »

Laissons de côté l'intérêt public, dont Quignard paraît avoir fait grand bruit, et supposons qu'il eût dit seulement dans son intérêt privé. « Peu importe que j'aie conclu au fond. J'apporte « une pièce émanée de vous, constatant que si je n'interjette pas « appel, vous me faites remise du surplus de ma dette. Je l'ap- « porte tardivement, c'est vrai; je n'avais pas lu votre renoncia- « tion; mais je la découvre; je la produis; je ne l'avais pas « invoquée parce que je l'ignorais ou l'avais oubliée. Est-ce donc « assez pour faire revivre vos droits que vous aviez abandonnés, « par acte à moi signifié et qui par là même m'est devenu « commun? » S'il tient ce langage, qui est celui de l'intérêt privé, les juges examineront s'il y a un texte qui permette à Charpisson de revenir sur la remise qu'il a faite et dont le monument, connu ou inconnu, est entre les mains de son débiteur depuis le jour de la remise.

On ne lui en alléguera qu'un seul : l'article 173 du Code de procédure. « Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est cou- « verte, si elle n'est proposée avant toute défense ou exception. »

Tout, à cet égard, se réduit donc à savoir si Quignard opposait une nullité d'exploit ou d'acte de procédure, après l'examen du fond.

Certes, il n'opposait pas la nullité de la signification : il la soutenait valable, et tellement valable, qu'il en réclamait le bénéfice.

Certes, il n'opposait pas la nullité de l'acte d'appel : il en supposait, au contraire, la validité en demandant qu'il fût écarté par fin de non-recevoir.

Digitized by Google

Donc, l'article 173 est inapplicable ; donc, la production de la signification à l'audience se bornait à ceci : J'ai jusqu'à présent cherché à établir que les chefs d'appel de mon adversaire sont mal fondés ; maintenant j'ajoute que sous une condition que je n'ai point enfreinte, il m'a fait remise des chefs jugés contre lui : C'est ici un nouveau moyen du fond. « Je ne lui dois pas ; donc, on ne peut me condamner ; et si je lui devais lors de la demande, si les premiers juges se sont trompés, il m'a fait remise depuis, dans une forme légale, de l'erreur où ils ont pu tomber. Ainsi, ma question préalable se convertit en question subsidiaire, elle se confond avec la question du fond, que je dois gagner dans tous les cas : ce n'est point une question de procédure : c'est une question de remise de dette, de remise d'action. C'est l'examen d'un acte par lequel l'une des parties a déclaré que la paix était conclue par sa première victoire : il l'a violée par son appel. En lui produisant sa proclamation, je dois le faire rentrer dans les limites adoptées par lui ; et si j'ai tardé à produire la pièce qui règlait définitivement nos droits, la seule peine qu'on puisse m'imposer, sera de supporter les frais d'une requête inutile. L'engagement résultant de la signification du jugement règle à l'avenir le fond du droit, et par conséquent, est une exception aussi péremptoire contre l'appel, que le serait une quittance omise jusqu'alors *et produite* devant la Cour. »

8. — Orléans, 1er avril. 1851 (*Dev. et Car.* 1853, 2, 16). — Je doute très-fort de la régularité de cet arrêt.

Il s'agissait d'un billet à ordre de 270 fr. Le débiteur en méconnut la signature devant le tribunal de commerce. Au lieu de renvoyer devant les juges qui en devaient connaître, le tribunal de commerce reconnut la vérité de la signature et condamna le souscripteur au paiement. La partie condamnée se pourvut par appel d'incompétence. La Cour infirma pour incompétence sur l'examen et la reconnaissance de signature, et trouvant l'affaire disposée à recevoir solution définitive, l'évoqua, et disant droit au principal, condamna l'appelant à payer 270 fr. montant du billet à ordre.

C'est encore là une de ces affaires où l'équité fait fléchir la rigueur de la forme, où la miséricorde du magistrat résiste contre la rigueur qui mettrait les dépens d'appel à la charge d'un créancier malheureux (quoique rien n'empêche de les réserver contre la partie qui succombera au principal).

Digitized by Google

Néanmoins quand l'objet principal du litige est *de dernier ressort* pour le tribunal de première instance (civil ou commercial), il semble que la Cour n'ayant mission que de statuer sur la question d'incompétence, ne doit pas toucher à la question du fond, laquelle est *inférieure* à la juridiction dont elle est revêtue.

C'est là une question controversée : les Cours, qui, pour terminer ainsi de modiques procès, agissent dans un esprit d'équité et de bienveillance (V. deux arrêts de Montpellier du 19 déc. 1840 et 6 juillet 1843. *Dev. et Car.* 41, 2, 240 ; 44, 2, 645) se fondent *sur la généralité des termes* de l'article 473 du Code de procédure.

Mais ce n'est pas dans cette *généralité* des termes de l'article 473 qu'il faut placer la solution. Elle dépend, selon moi, du caractère du premier et du dernier ressort.

Les Cours impériales sont instituées pour réformer les jugements rendus en premier ressort. Elles n'ont pas juridiction sur les matières inférieures.

Donc, quand il a été appelé d'un jugement consulaire comme de juges incompétents, à l'occasion d'un intérêt de dernier ressort, la Cour impériale ne trouve qu'un point sur lequel elle exerce sa juridiction, c'est la question de compétence. L'infirmation tombe principalement sur la compétence, et la compétence disparaissant ne laisse plus qu'une cause de premier ressort, pour laquelle la Cour n'a pas principe de juridiction, et qu'il était défendu de porter devant elle. C'est là une incompétence *ratione materiæ* ; et les Cours d'appel ne sont pas plus instituées pour juger des causes au-dessous de 1500 fr. que les juges de commerce pour statuer sur des intérêts civils. Aussi l'appel ne doit-il être dirigé d'après l'article 425 du Code de procédure civile, que contre la disposition sur la compétence. Si le jugement de dernier ressort est compétemment rendu, la Cour ne pourra pas réformer le jugement du fond ; s'il est rendu incompétemment, elle infirme la disposition sur la compétence, et la disposition du fond disparaît par voie de conséquence, sans que la Cour puisse juger l'action elle-même, qui ne devait jamais monter jusqu'à elle. — Et il me semble qu'en rejettant le pourvoi contre un arrêt de Montpellier du 26 janvier 1846, qui avait évoqué le fond dans une affaire d'incompétence sur jugement en premier ressort, la Cour de cassation a exprimé indirectement la doctrine que je viens d'émettre, en disant : « Les

Digitized by Google

« termes généraux et indéfinis *pour toute autre cause* (dans « l'art. 473 qui autorise l'évocation), ne permettent de faire au- « cune exception sur les nullités, pas même sur celles d'incom- « pétence, *à moins que l'incompétence ne s'applique* A LA JURIDIC- « TION MÊME QUI ÉVOQUE. » Or, telle est mon opinion : l'incompétence est réelle, dans notre espèce, pour la juridiction évocatrice, puisque la loi a circonscrit dans les juridictions inférieures toutes les affaires mobilières au-dessous de 1500 fr.

COIN DELISLE.

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.

Expropriation pour cause d'utilité publique, de partie d'un immeuble, et dommages causés par l'exécution des travaux au restant de la propriété ; règlement des compétences entre le jury et l'autorité administrative ; sens des mots « indemnités dues *par suite d'expropriation* » (art. 29 de la loi du 3 mai 1841) ;

Le Conseil d'État vient de rendre, dans une affaire dont l'intérêt spécial était restreint, une décision dont les *considérants* paraissent exprimer un principe qui serait d'une portée immense en droit. La doctrine qui en résulterait semble, en outre, peu conforme à un assez grand nombre de précédents du Conseil sur la même question. C'est sous ce double rapport que nous nous proposons de l'examiner ici.

Il s'agit de déterminer, pour le réglement des compétences, entre l'autorité judiciaire (de laquelle dépend le jury) et l'autorité administrative, le sens des mots « indemnités dues *par suite d'expropriation* », lesquelles seules ont été transportées aux tribunaux civils et au jury, les autres indemnités, notamment celles dues pour dommages provenant de l'exécution des travaux publics, étant restées dans le domaine de l'Administration.

Jusqu'à ce jour, on avait naturellement pensé qu'une indemnité ne pouvait être dite « indemnité due *par suite d'expro-*

Digitized by Google

priation » que lorsqu'elle avait pour cause directe, immédiate, l'expropriation elle-même. C'est dans ce cas seulement qu'elle est véritablement une suite de l'expropriation. Que si, au contraire, pour que l'indemnité naisse, il faut qu'un fait, tel que l'exécution des travaux, se place entre l'expropriation et le dommage, alors le dommage a pour cause, non l'expropriation, mais le fait intermédiaire; il n'est donc pas la suite de l'expropriation; il ne tombe donc pas dans la compétence des tribunaux et du jury.

Mais aujourd'hui, il semblerait résulter de la décision récente que nous allons faire connaître, que même un dommage qui ne serait pas la suite immédiate de l'expropriation, et qui ne pourrait naître, ultérieurement, que de l'exécution des travaux, serait cependant susceptible d'être évalué par le jury, comme indemnité connexe, accessoire à l'indemnité d'expropriation, s'il était *prévu* lors de la décision du jury.

Voici le fait sur lequel vient de statuer le conseil d'État : — Un propriétaire, le sieur de Niort, attaquait devant le conseil d'État un arrêté du conseil de préfecture de l'Aude, lequel avait rejeté sa réclamation à l'effet d'obtenir, outre l'indemnité qui lui avait été accordée pour l'expropriation d'une parcelle de sa propriété, une nouvelle indemnité pour dommages causés au surplus de cette propriété par la construction d'un chemin de grande communication. Il s'agissait de terrassements et de remblais qui nuisaient à la propriété du réclamant. — Ce propriétaire soutenait devant le conseil d'État : qu'en droit, le jury n'est compétent que pour statuer sur le prix de la chose expropriée, et accessoirement, sur la moins-value que, par suite de l'expropriation d'une partie, le reste du terrain peut subir; mais qu'il n'a qualité, ni principalement, ni accessoirement, pour statuer sur la réparation du préjudice qui résulte de travaux publics, matière qui, aux termes de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, est exclusivement réservée aux conseils de préfecture : qu'en fait, il n'y avait rien, dans la décision du jury, qui fût relatif aux dommages qui seraient causés à la partie de la propriété non expropriée, par suite de l'établissement du chemint et des travaux à venir : qu'en conséquence, la somme qu'il avai, reçue représentait seulement la valeur de la parcelle expropriée, et qu'il était fondé à réclamer une indemnité pour les détériorations que le reste de sa propriété avait subies. — M. le Ministre de l'intérieur, consulté par le conseil d'État, avait adopté pleine-

Digitized by Google

ment ce système, sur la ligne de démarcation entre la compétence du jury et celle du conseil de préfecture, sur l'interprétation à donner, dans l'espèce, à la décision du jury, et sur ce chef des conclusions du réclamant. — Cependant, à l'audience publique, M. le commissaire du gouvernement a objecté : qu'en droit, le règlement des indemnités pour dommages provenant de l'exécution des travaux publics appartient sans doute à l'autorité administrative, lorsque ces dommages sont isolés, mais que, lorsqu'ils se rattachent à une expropriation et qu'ils sont *prévus* devant le jury, ils forment une indemnité accessoire, connexe à l'indemnité principale d'expropriation, et que le jury est compétent sur le tout : qu'en fait, il résultait de l'instruction que les plans et profils des travaux avaient été soumis au jury, et que c'était en prenant en considération les dommages futurs, à provenir de l'exécution des travaux, qu'il avait élevé l'indemnité totale au chiffre qu'il avait accordé à l'exproprié : qu'ainsi, tout était définitivement réglé à son égard. — Conformément à ces conclusions, le conseil d'État a statué en ces termes : « Considérant, en droit, que, d'après la loi du 3 mai 1841, le jury « est chargé de fixer l'indemnité des propriétaires dépossédés en « raison des préjudices de toute nature qui sont la conséquence « de l'expropriation ; considérant que les dits propriétaires ne « sont en droit de réclamer, postérieurement, une indemnité « supplémentaire que s'il leur est causé, dans l'exécution des « travaux, un dommage nouveau et *non prévu* lors de la déci- « sion du jury ; considérant, en fait, que le sieur de Niort ne se « plaint pas d'avoir éprouvé un préjudice de cette nature ; que, « dès-lors, le 1er chef de réclamation est mal fondé », etc. (Décret contentieux du 12 mai 1853, aff. de Niort).

En définitive, on voit qu'il existait peut-être, dans cette cause, une raison aussi simple que péremptoire de décider le procès, sans engager aucune question de principe ; c'était, qu'à bon droit ou non, compétemment ou non, l'indemnité pour dommages à provenir de l'exécution des travaux avait été soumise au jury et réglée par lui ; que sa décision, non attaquée, était passée en force de chose jugée, et que le propriétaire ne pouvait plus réclamer une seconde fois, devant l'autorité administrative, une indemnité qui lui avait déjà été allouée par le jury. Mais le conseil d'État ne s'en est pas tenu là, et le décret paraît déclarer, au moins dans ses *considérants*, qu'un dommage futur, à pro-

Digitized by Google

venir de l'exécution des travaux, peut être confondu dans le règlement de l'indemnité d'expropriation, lorsqu'il est *prévu* devant le jury.

Or, si tel est réellement le sens doctrinal de cette partie des *considérants*, c'est là un point capital, d'une portée immense en droit et en pratique, et qui exige le plus sérieux examen, tant sous le rapport des principes, que sous celui de la jurisprudence antérieure du Conseil.

Nous supposons donc, en fait, une cause d'expropriation portée devant le jury. L'exproprié demande que le jury règle son indemnité, non-seulement en raison de l'expropriation partielle qu'il subit, et des dommages accessoires que cette expropriation elle-même occasionne au restant de sa propriété, mais aussi en raison des dommages que ce restant de sa propriété éprouvera de l'exécution future des travaux. La question est de savoir si le jury a mission de statuer sur ce dernier chef, et s'il peut, sans excéder les limites de sa compétence, et, par conséquent, sans donner ouverture à cassation, comprendre ce dernier chef de dommages dans le chiffre total de l'indemnité d'expropriation.

Nous pensons que la solution doit être négative. Nous le pensons, d'après les principes, et d'après la jurisprudence du conseil d'État, antérieure au décret récent que nous examinons.

Pour décider la question d'après les principes, il est nécessaire de remonter au point de départ que nous avons déjà indique plusieurs fois dans notre *Traité des servitudes d'utilité publique* (t. Ier, p. 72), et dans cette *Revue* (1851, p. 304 et suiv.). Ce point de départ, c'est la division des pouvoirs constitutionnels. Entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, il est incontestable que c'est au pouvoir exécutif, et à l'autorité administrative qui en est une dépendance, qu'appartient tout ce qui concerne la confection des travaux publics. Et comme la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire, consacrée par les lois des 16-24 août 1790, tit. 2, article 13, et du 16 fructidor an III, interdit absolument à l'autorité judiciaire de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, il en résulte que les réclamations auxquelles donnent lieu les opérations de l'administration relatives à la confection des travaux publics doivent être portées devant l'administration elle-

Digitized by Google

même, et jugées par elle. Tel était l'état des choses, existant à l'origine du régime moderne, en vertu de la seule division des pouvoirs constitutionnels, abstraction faite et même avant la promulgation des lois positives concernant l'exécution des travaux publics. Parmi ces lois positives, celles des 7, 9, 11 septembre 1790, article 4, du 8-10 juillet 1791, titre IV, article 7, du 3 avril 1793, du 28 pluviôse an VIII, article 4, du 16 septembre 1807, n'avaient fait qu'appliquer cette théorie en maintenant dans le domaine de l'autorité administrative, sauf certaines garanties introduites successivement en faveur des particuliers, les réclamations de toute nature auxquelles pouvait donner lieu l'exécution des travaux publics, soit qu'il s'agit d'expropriation, soit qu'il s'agit de dommages. Plus tard, sont venues les lois du 8 mars 1810, du 7 juillet 1833 et du 3 mai 1841 : quelles branches ont-elles détachées du faisceau administratif? Elles n'en ont détaché que la déclaration d'expropriation et le réglement de l'indemnité d'expropriation. L'exécution des travaux publics, avec toutes ses conséquences, notamment en ce qui concerne la réparation des dommages, est restée dans les attributions de l'autorité administrative. Et comme, (d'après une observation déjà faite par Proudhon, dès 1834, dans le traité du domaine public, n° 837,) ce n'est qu'une *dérogation* au système précédent qui a été importée par la loi du 8 mars 1810, à laquelle ont succédé les lois du 7 juillet 1833 et du 3 mai 1841, cette *dérogation* ne doit pas être étendue au-delà du cas dans lequel elle a été arrêtée; elle doit être interprétée et appliquée restrictivement.

Ainsi, le jury n'est compétent que pour régler les indemnités d'expropriation, ou, si l'on veut, aux termes mêmes de la loi du 3 mai 1841, article 29, les indemnités dues *par suite d'expropriation*. Maintenant, il s'agit de déterminer dans quels cas une indemnité pourra être dite indemnité due *par suite d'expropriation*. Pour que cela soit possible, il faut, selon nous, que le dommage résulte de l'expropriation elle-même, *directement* (Ordonnance sur conflit du 16 nov. 1832, préfet du Doubs, au *Recueil des arrêts du Conseil*, 1832, p. 639). Autrement, et si c'est un fait intermédiaire qui a causé le dommage, l'indemnité est due, non *par suite d'expropriation*, mais par suite du fait intermédiaire, lequel, alors, est régi selon sa nature et par les lois qui lui sont propres, spécialement par la loi du 28 pluviôse an VIII, si le fait

Digitized by Google

intermédiaire est l'exécution du travail public. Cela ne va pas à dire que l'indemnité due *par suite d'expropriation* sera toujours bornée à la simple valeur vénale de la parcelle expropriée : il y a, au contraire, mille hypothèses de dommages causés aux parties de l'immeuble laissées au propriétaire, dommages qui résultent directement de l'expropriation d'une partie de l'immeuble, et qui, dès lors, constituent des indemnités dues *par suite d'expropriation*, et rentrent, à ce titre, dans la compétence exceptionnelle du jury. Par exemple, l'expropriation enlève une portion d'un terrain clos ; la privation de clôture, pour la partie restante, est un dommage causé par l'expropriation elle-même, puisque c'est l'expropriation qui introduit, au milieu du terrain clos, un autre propriétaire. Un terrain était arrosé, en totalité, par une source ; l'expropriation enlève la portion de l'immeuble où naît la source ; la privation du droit à l'eau est un dommage qui résulte de l'expropriation elle-même, puisque c'est l'expropriation qui donne au nouveau propriétaire le droit de disposer désormais de la source, et d'en détourner le cours à sa volonté. Un terrain, d'une vaste étendue, était susceptible d'être occupé ou loué pour une exploitation considérable ; l'expropriation en enlève la plus grande partie ; celle laissée au propriétaire, et qui ne suffit plus au même genre d'exploitation, est dépréciée dans sa valeur relative, et c'est là encore un dommage qui provient directement de l'expropriation ; etc., etc. Voilà des indemnités accessoires auxquelles s'appliquera justement la qualification d'indemnités dues *par suite d'expropriation*, et qui, comme telles, tomberont dans la compétence du jury.

Mais voici d'autres hypothèses. On prévoit : ou, comme dans l'affaire du sieur De Niort, la construction de remblais qui auront pour effet d'obstruer, lorsqu'ils seront exécutés, les abords de la partie d'immeuble laissée au propriétaire ; ou, comme dans une autre affaire dont nous avons eu personnellement connaissance, l'établissement d'une gare de chemin de fer qui doit être creusée à une certaine profondeur, de sorte que la partie non expropriée se trouvera, après l'exécution des travaux, à plusieurs mètres au-dessus d'une excavation. Or, d'où proviendront, si elles se réalisent, ces deux spécialités de dommages ? de l'expropriation ? non ; car l'expropriation ne produira ni remblais ni excavation ; ces dommages spéciaux ne seront donc pas *la suite de l'expropriation*. Ils proviendront *de l'exécution de travaux pu-*

Digitized by Google

blics, quand les travaux publics, que l'Administration aura ordonnés, seront terminés. Par conséquent ces dommages, ayant pour cause, non l'expropriation, mais les changements qu'aura produits l'exécution d'un travail public, devront avoir pour juge, non le jury, dont la compétence exceptionnelle est limitée aux indemnités dues *par suite d'expropriation*, mais le Conseil de préfecture, qui est chargé, par la loi du 28 pluviôse an VIII, de statuer sur les dommages en matière de travaux publics.

A cette raison de décider, puisée tout à la fois dans les principes de notre organisation constitutionnelle et politique et dans le texte même de la loi du 3 mai 1841 (art. 29), se joignent des considérations tirées de la nature des choses, de l'aptitude présumée des jurés, et de la liberté d'action dont l'Administration ne saurait être dépouillée.

En effet, les dommages accessoires que l'expropriation cause directement par elle-même existent, comme l'expropriation, soit à partir du jugement qui le prononce, soit à partir du jour où ont lieu, respectivement, le payement de l'indemnité et la prise de possession. Ces dommages sont donc nés et actuels. Par conséquent, une indemnité actuelle aussi, pour tous ces dommages, est de toute justice. Mais pourquoi assimiler à ce préjudice né et actuel, un préjudice qui n'existe pas? L'action elle-même n'est pas née légalement. A chaque jour son œuvre. Aujourd'hui, l'indemnité d'expropriation avec ses accessoires parce qu'ils existent; dans six mois, un an, deux ans, ou plus, en un mot quand ils existeront, et s'il y a lieu, l'indemnité des dommages qui auront été causés par l'exécution des travaux (Décret contentieux, 9 fév. 1850, ville de La Guillotière, au *Recueil*, 1850, p. 129).

Et puis, comment évaluer des dommages qui n'existent pas? Au moyen de plans et de profils? Tout au plus des ingénieurs consommés pourraient s'y reconnaître, avec force chiffres et calculs et long emploi de temps. Mais des membres d'un jury d'expropriation, c'est-à-dire des personnes prises dans toutes les classes de la société, propriétaires, avocats, notaires, commerçants? Charger ces personnes, dépourvues de toute connaissance technique, d'apprécier hypothétiquement le résultat de travaux d'art non exécutés, de calculer par supposition l'effet de remblais ou d'excavations, de pentes, de poussée des terres, d'évaluer les dépenses à faire pour des rétablissements de communications,

Digitized by Google

ou pour la construction de murs de soutènement, etc., etc.? Demander tout cela à ces juges d'un jour, dans une seule délibération, sans aucun de ces renvois et moyens d'instruction qui ne sont compatibles qu'avec l'exercice d'une magistrature permanente, et ne le sont nullement avec l'exercice d'une magistrature essentiellement éphémère? C'est évidemment impossible.

Enfin, qu'y a-t-il d'arrêté définitivement dans les plans de l'Administration, quand elle se présente devant le jury? Il n'y a d'arrêté définitivement (art. 2 de la loi du 3 mai 1841) que le projet du travail général, route, canal, chemin de fer, etc., avec désignation des localités ou territoires sur lesquels les travaux doivent avoir lieu, et indication des propriétés particulières auxquelles l'expropriation est applicable. Mais en ce qui concerne les travaux spéciaux à établir sur chaque portion de propriété, rien n'est arrêté et ne peut être arrêté définitivement. Car mille circonstances, un obstacle éprouvé dans le cours des travaux, la connaissance acquise de la nature du sol, etc., etc., entraînent nécessairement la modification des niveaux, des pentes et de toutes les opérations de détail. Aucune disposition de la loi n'oblige l'Administration à prendre aucun engagement à cet égard; et elle reste complétement libre. Si donc, après une fixation d'indemnité d'expropriation dans laquelle le jury aura compris les dommages à provenir des travaux, les devis et profils sont modifiés, en plus ou en moins, que fera-t-on par rapport au premier règlement, surtout si l'indemnité a été allouée *in globo*, et qu'il soit impossible d'y découvrir la portion afférente aux dommages présumés?

Toutes les considérations pratiques se joignent donc à la raison légale, pour interdire de confondre, avec l'indemnité d'expropriation et des dommages qui en sont la suite directe, celle des dommages à provenir de l'exécution ultérieure des travaux. Les deux premières seules ont été transportées, par dérogation, par exception, dans le domaine des tribunaux et du jury par les lois du 8 mars 1810, du 7 juillet 1833 et du 3 mai 1841; la troisième est restée dans la compétence générale de l'autorité administrative, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, et dans la juridiction spéciale des conseils de préfecture, en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII, article 4.

Digitized by Google

Passons, pour ne rien omettre, aux objections. Nous en connaissons trois :

1° Si les travaux sont *prévus* devant le jury? Si l'administration elle-même produit ses plans et devis, les soumet au jury et consent à ce qu'il joigne à l'indemnité d'expropriation, et à celle des suites directes et actuelles de l'expropriation, l'indemnité présumée pour les dommages à provenir de l'exécution ultérieure des travaux? — Selon nous, ces circonstances ne font pas que le dommage existe et que l'action soit née, ni que les jurés aient l'aptitude et les éléments nécessaires pour prononcer en connaissance de cause : et, quant au consentement de l'Administration, il est de nulle valeur, par la grande raison que les compétences et les juridictions sont d'ordre public.

2° La loi du 3 mai 1841 porte, article 51 : « *Si l'exécution des* « *travaux* doit procurer une augmentation de valeur immédiate « et spéciale du restant de la propriété, cette augmentation sera « prise en considération dans l'évaluation du montant de l'in- « demnité. » — S'ensuit-il que les dommages à provenir des travaux de détail doivent aussi, et au même moment, être pris en considération par le jury? Nous pensons que, dans l'article 51 précité, le législateur n'a eu en vue que le travail général pour lequel l'expropriation est requise, c'est-à-dire la route, le canal, le chemin de fer. C'est comme si l'on posait aux jurés la question suivante : L'ouverture de la route, du canal, du chemin de fer, doit-elle procurer une augmentation de valeur au restant de telle propriété? Dans le cas de l'affirmative, cette augmentation de valeur doit venir en déduction de l'indemnité d'expropriation. C'est qu'en réalité, par le seul fait de l'expropriation pour l'ouverture de la nouvelle voie, la valeur vénale du restant de la propriété s'est élevée; l'augmentation de valeur vénale est contemporaine de l'expropriation ; il est donc naturel qu'elle vienne en déduction de l'indemnité. Il n'y aurait, d'ailleurs, aucun autre moment où l'on pourrait la saisir, si on ne la saisissait pas au moment du règlement de l'indemnité d'expropriation. « Ce que « la Commission n'a pas voulu, » (a déclaré, à la chambre des pairs, dans la discussion de la loi du 7 juillet 1833, et au sujet du même art. 51, le rapporteur de la Commission), « c'est, qu'au « bout de dix ans, on pût venir dire au propriétaire : voilà des « travaux faits qui ont procuré une plus value à vos propriétés, « vous devez en tenir compte » (Delalleau, t. I, p. 358). Au

Digitized by Google

contraire, quand il s'agit de dommages provenant de l'exécution des travaux de détail, rien n'empêche le propriétaire de venir dire : Indépendamment de l'indemnité que j'ai reçue pour l'expropriation et pour ses conséquences directes, j'ai éprouvé ultérieurement, par suite de l'exécution des travaux, certaines espèces de dommages ; et j'en demande la réparation (Déc. cont., 19 janv. 1850, Rondeaux ; au *Recueil*, 1850, p. 81). Seulement, c'est au Conseil de préfecture, alors, que la compétence appartient.

3° C'est précisément là, dit-on enfin, l'inconvénient du système ; vous faites deux instances et vous créez deux juridictions au lieu d'une. — Nous répondons qu'on ne peut pas qualifier d'inconvénient ce qui est conforme à la nature des choses. Ce n'est pas un inconvénient de séparer deux choses dont l'une existe et dont l'autre n'existe pas. C'en est un, au contraire, de faire juger, à une époque donnée, ce qui ne peut être jugé sainement à cette époque, parce qu'on ne possède aucun des éléments nécessaires. Au surplus, le droit administratif ne manque pas d'exemples de séparations, non-seulement analogues, mais bien plus caractérisées encore, en ce sens qu'elles s'appliquent, non à des objets naissant dans un ordre successif, mais à des objets contemporains et co-existants. Ainsi, en matière d'usurpations commises sur les chemins vicinaux, les conseils de préfecture sont seulement chargés de faire cesser les usurpations et de faire rétablir ces chemins dans les largeurs fixées par les états dressés à cet effet en exécution des lois ; mais le droit de prononcer les amendes appartient aux juges de police : la poursuite, pour le même fait, se divise donc entre deux juridictions (*Servitudes d'utilité publique*, t. II, p. 418). Bien plus, dans la matière même de l'expropriation, qui nous occupe, lorsque l'Administration supprime, en totalité ou en partie, une usine sur cours d'eau, pour l'exécution de travaux publics, l'appréciation de l'indemnité pour la force motrice, considérée comme ne constituant qu'un dommage, continue d'appartenir au conseil de préfecture, tandis que l'évaluation des bâtiments de l'usine et des terrains et rochers sur lesquels ils sont assis est seule dévolue à l'autorité judiciaire et au jury (Décr. cont., 28 mai 1852, Ramière et Tournès ; 29 mars 1851, Chevalier et Truchon ; au *Recueil des arr. du Cons.*, 1852, p. 196 ; 1851, p. 233). Ainsi, la co-existence même ne forme pas indivisibilité : comment donc pourrait-on

Digitized by Google

alléguer l'indivisibilité entre choses qui ne se produisent que l'une après l'autre?

Et ceci nous amène à parler de la jurisprudence du conseil, antérieure au décret qui fait l'objet de cet article. Nous allons citer de nombreuses espèces dans lesquelles le conseil a séparé l'indemnité d'expropriation, renvoyée seule aux tribunaux et au jury, de dommages *même déjà causés et existants*, lesquels ont été réservés à l'autorité administrative.

Dès 1832, le conseil d'État, sur conflit, décidait : « que c'est « aux tribunaux civils qu'il appartient de régler les indemnités « qui peuvent être dues pour les dommages et dépréciations qui « sont une conséquence *directe* des expropriations actuelles ou « antérieures ; mais qu'il n'appartient qu'à l'Administration « d'apprécier les effets et les conséquences d'un travail d'utilité « publique exécuté d'après ses ordres, et de déterminer les in- « demnités relatives *au dommage qui ne résulte pas de l'expro- « priation;* que, dès lors, il y a *lieu de distinguer*, entre les faits « qui sont connexes à l'expropriation, et doivent être réglés « d'après la loi du 8 mars 1810, et les faits qui en sont indé- « pendants et doivent être réglés conformément aux dispo- « sitions de la loi du 16 septembre 1807. Et, en conséquence, il « confirmait le conflit, en tant qu'il avait revendiqué pour l'au- « torité administrative le règlement des indemnités réclamées « pour prétendus dommages causés soit par l'effet du nouvel « alignement de la route, soit par suite de l'irruption des eaux « de cette route vers les bâtiments de l'exproprié, *soit par la « difficulté actuelle d'accéder aux cours de la ferme, à la fontaine « de ladite ferme, ou au chemin d'exploitation de plusieurs « champs.* » Il annulait le conflit pour le surplus (Cons. d'État, 25 mai 1832, préfet de la Nièvre, au *Recueil des arr. du Cons.*, 1832, p. 279).

En 1838, le conseil, ayant à régler simultanément les attributions des deux autorités administrative et judiciaire, à l'occasion d'une expropriation consommée mais non encore payée, et de dommages causés par l'exécution de l'ouvrage public au restant de la propriété, a encore prononcé en ces termes : « Considérant « que, aux termes des lois des 8 mars 1810 et 7 juillet 1833, le « conseil de préfecture était *incompétent* pour fixer *l'indemnité « due au sieur Rodet, pour prix de la parcelle de terrain appar- « tenant à ce propriétaire, et occupée par le talus de la route nou-*

Digitized by Google

« *vellement construite ; mais que*, aux termes de la loi du 16 sep-
« tembre 1807, *c'est aux conseils de préfecture qu'il appartient de*
« *régler les indemnités dues pour torts et dommages résultant de*
« *travaux publics*, et qu'ainsi c'est *compétemment* qu'il a été sta-
« tué, par l'arrêté attaqué, sur le montant de celle à laquelle
« avait droit le sieur Rodet, pour le préjudice à lui causé *par la*
« *construction de la nouvelle route ;* — article 1er : l'arrêté du con-
« seil de préfecture est annulé, pour cause d'incompétence, dans
« la disposition qui fixe l'indemnité due au sieur Rodet pour
« prix de la parcelle de terrain appartenant à ce propriétaire et
« *occupée par la route nouvellement construite :* le sieur Rodet *est*
« *renvoyé à se pourvoir, ainsi qu'il avisera, pour faire fixer par*
« *qui de droit ladite indemnité.....* Article 3 : l'indemnité due au
« sieur Rodet, *pour le préjudice causé à sa propriété par la con-*
« *struction de la route nouvelle, est et demeure fixée* à la somme de
« 2,191 fr., etc. » (Ordonn. cont. du 17 janv. 1838, Rodet, au *Recueil*, 1838, p. 36.)

Même séparation, dans une ordonnance, sur conflit, du 12 janvier 1844 : « Considérant que si, d'après la loi du 3 mai 1841,
« il appartient *à l'autorité judiciaire* de statuer sur la question de
« propriété et *de régler le prix du terrain* réuni à la route royale,
« n° 74, *l'autorité administrative est seule compétente*, aux termes
« des lois du 28 pluviôse an VIII et du 16 septembre 1807, *pour*
« *apprécier les dommages causés à la maison du sieur* Landfried *par*
« *suite des travaux de rectification de cette route ;* — article 1er :
« l'arrêté de conflit est confirmé *en tant* qu'il revendique pour
« l'autorité administrative l'appréciation *des dommages causés à*
« *la maison du sieur Landfried par suite des travaux de rectifica-*
« *tion de la route royale* n° 74, (au *Recueil*, 1844, p. 16.)

Le tribunal des conflits a consacré cette jurisprudence, en réservant *à l'autorité administrative*, en vertu et par application de la loi du 28 pluviôse an VIII, *la question des dommages intérêts pour préjudices éprouvés par suite de l'exécution des travaux*, quoique la question de l'indemnité due à cause du terrain pris pour la confection du canal, objet des travaux, se trouvât portée et pendante devant l'autorité judiciaire ; (Décision du 3 juillet 1850, héritiers de Roussel : au *Recueil*, 1850, p. 646.)

Nous ne terminerons pas sans faire remarquer que la Cour de cassation a, jusqu'à un certain point, adopté les mêmes principes en décidant : que le jury n'a mission que pour évaluer les in-

Digitized by Google

demnités dues à raison des expropriations judiciairement ordonnées, et qu'on ne peut considérer comme un litige sur le fond du droit donnant lieu à une indemnité éventuelle, l'allégation d'un dommage futur, à naître d'un événement ultérieur et incertain; spécialement, que l'indemnité éventuelle allouée à un propriétaire pour le cas où il pourrait y avoir lieu à une moins-value de son moulin, à cause d'une nouvelle enceinte de fortifications, n'avait pas pour objet la dépréciation *certaine et immédiate de la portion de sa propriété non atteinte par l'expropriation*, et qu'en allouant, sur ce chef, une indemnité à ce propriétaire, le jury avait violé les articles 1, 38 et 39 de la loi du 3 mai 1841 (arrêt de cass., du 7 avril 1845. préfet du Nord, Sirey, 1845, p. 532). — Si, dans cette affaire, la Cour de cassation a renvoyé devant un nouveau jury, ce n'est pas qu'elle ait entendu, par là, déclarer la compétence de l'autorité judiciaire. Mais la Cour, en cassant, ne juge pas le fond, et il n'y a jamais de cassation sans renvoi, en matière civile. La Cour a donc renvoyé devant un nouveau jury, pour être fait ce que de droit. Et c'est ce qui a eu lieu. — En effet, à la suite de cette cassation, le propriétaire intéressé ayant provoqué devant l'autorité judiciaire la convocation d'un autre jury, un déclinatoire a été opposé, puis un conflit élevé par le préfet du département. Et le conseil d'État statuant sur ce conflit, a réservé la cause pour l'autorité administrative, comme indemnité de simple dommage en matière de travaux publics, quoiqu'elle se rattachât, par un fait intermédiaire, à une expropriation (19 mars 1847, André; au *Recueil*, 1847, p. 144.)

Nous pensons avoir établi, par la discussion et par les décisions qui précèdent, que le jury ne peut pas comprendre, dans l'indemnité d'expropriation, des dommages qui ne résultent pas de l'expropriation elle-même, qui n'existent pas au moment où il statue, et qui ne proviendront, s'ils se réalisent, que de l'exécution ultérieure de travaux publics ordonnés par l'administration. En conséquence, l'État, ou les concessionnaires qui se trouvent à son lieu et place, sont fondés à s'opposer à ce que ces éléments soient discutés devant le jury, et acceptés par lui. En les faisant entrer dans le chiffre de l'indemnité d'expropriation, le jury appliquerait faussement les articles 1, 29 et 38 de la loi du 3 mai 1841, violerait la loi du 28 pluviôse an VIII, article 4, sortirait des limites de sa compétence, et commettrait un

Digitized by Google

excès de pouvoir. De telles décisions seraient déférées justement à la censure de la Cour de cassation.

J. JOUSSELIN.

Avocat au conseil d'État et à la Cour de cassation.

ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES.

ÉTUDES SUR DOMAT (1).

Le droit public.

Il y a, parmi les œuvres de Domat, un livre que l'on ne consulte guère, qu'on lit moins encore. En écrivant le traité des *Lois civiles*, Domat n'avait-il donc pas accompli tout entière sa tâche de jurisconsulte et de magistrat? Et lorsqu'il aborde les matières si compliquées du *Droit public*, ne semble-t-il pas qu'il sorte de son domaine pour explorer des terres inconnues? Nous devons sans doute le respecter encore dans cette entreprise de sa vieillesse, mais devons-nous également l'accepter pour maître de cette autre science à laquelle les habitudes de sa vie nous paraissaient étrangères?

Ce sont là les doutes où l'on s'arrête d'ordinaire, pour se dispenser peut-être d'avoir une opinion sur ce fragment considérable d'un grand ouvrage.

J'avais aussi, je l'avoue, hésité longtemps à donner à cet égard mes impressions pour un jugement arrêté; je le ferai plus hardiment aujourd'hui que de graves et savantes paroles ont expliqué les causes pour lesquelles le nom de Domat n'a pas reçu de son siècle le rang que lui méritaient l'importance de ses travaux, la profondeur de ses vues. Depuis que ce secret de l'histoire de notre droit a été dévoilé, et qu'un hommage solennel a été rendu, dans cette enceinte (1), à une illustre mé-

(1) M. Eugène Cauchy a fait, à l'Académie des sciences morales et politiques, une suite de lectures sur Domat et ses travaux. La *Revue de législation* a publié la première partie de ce remarquable travail (V. 1851, t. III, p. 323 et 1852, t. I, p. 209). Nous en donnons la seconde qui a pour objet le *Droit public*.

(2) V. dans la *Revue de législation*, 1852, t. I, p. 237, les observations pré-

Digitized by Google

moire, je me sens plus à l'aise pour reprendre le tableau dont l'esquisse a été tracée à grands traits par des mains plus magistrales et plus sûres que la mienne.

Non, le livre du *Droit public* n'est pas un dessein étrange, conçu par Domat à la fin de sa vie, et dans lequel il se soit engagé comme à l'aventure, sans consulter la portée de ses forces, la spécialité de son expérience, la nature même de son génie. Si, au lieu de considérer ce livre isolément, je le prends pour ce qu'il est en réalité, pour une émanation logique et naturelle du *Traité des lois*, mon premier sentiment de surprise disparaît, et il n'y a plus qu'une chose qui m'étonne ; c'est la grandeur de ce cadre dans lequel le droit civil et le droit public devaient trouver leur place comme de simples compartiments d'une œuvre immense.

Quand même un pareil dessein me paraîtrait bien hardi pour être exécuté par un seul homme, je trouverais encore que c'est une belle chose pour l'honneur de l'esprit humain que cette noble et vaste entreprise. Ces témérités, si on peut leur donner ce nom, semblent réservées aux hommes éminents des grands siècles. C'est à la manière d'Aristote ou de Cicéron que Domat embrasse dans ses traités tout ce qui peut faire la matière du droit : droit religieux, droit des gens, droit politique, droit privé. Sans vouloir ici l'égaler tout-à-fait à ces puissants génies qui planaient sur l'universalité des sciences humaines, il est un point qu'on nous concédera sans peine. Les prémisses qu'il avait posées dans le *Traité des lois* étaient assez hautes pour que toutes ces sources du droit en pussent découler, comme de ces montagnes, dont la tête se perd dans la nue, on voit sortir des fleuves divers qui vont porter à plusieurs mers à la fois le tribut de leurs eaux.

Le ton modeste et simple avec lequel Domat entre en matière, nous intéresse malgré nous au succès de cette œuvre hasardeuse, dont il nous dépeint lui-même les difficultés de toute nature, et qu'il n'oserait jamais entreprendre s'il n'y voyait un devoir à accomplir envers son pays et envers son roi. « Il a cru, « dit-il, que Dieu lui ayant fait la grâce de se servir de lui pour « mettre en ordre les matières du livre des lois civiles, ce « lui était un devoir d'essayer un pareil travail sur le droit pu-

sentées par M. Portalis, à la suite de la communication faite par M. Eugène Cauchy de la première partie de son travail.

Digitized by Google

« blic [1]. » — « Je n'avais pas espéré, dit-il ailleurs [2], assez de « vie et assez de force pour entreprendre les matières du droit « public ; j'avais d'ailleurs justement appréhendé la conséquence « et les difficultés du grand nombre de matières que ce droit ren- « ferme. » En effet, la vie lui manquera avant qu'il ait pu mettre à fin cet ouvrage, mais on reconnaîtra jusque dans ses dernières pages la même lucidité d'exposition, la même force de raisonnement, la même rectitude de pensées.

C'est par cet esprit de liaison, de suite et de méthode que Domat s'est fait une place à part parmi tous ceux qui ont écrit sur la science du droit. Il en est dont la plume a jeté plus d'éclat sur quelques matières de cette vaste science ; mais nul n'a sondé plus avant dans ses profondeurs, et ne l'a possédée tout entière avec plus de puissance pour la délimiter, la coordoner et la définir.

Son admirable *Préface* du *Droit public*, ce chef-d'œuvre d'analyse philosophique appliquée aux notions générales de la justice et du droit, n'est pas moins fortement pensée que le *Traité des lois* dont elle tire et développe les conséquences.

De même que, pour explorer un immense horizon, le voyageur se place tour-à-tour aux points de vue les plus divers, Domat reprend, pour les comparer à l'état présent de la science, les définitions célèbres des jurisconsultes de l'antiquité. Tantôt c'est au point de vue chrétien qu'il expose avec amour la simple et paisible ordonnance d'une société telle qu'il la conçoit d'après l'Évangile ; tantôt, se résignant à chercher avec peine les éléments d'une justice défectueuse et d'un ordre imparfait dans l'humanité déchue, il nous montre tous les liens, tous les rapports qui subsistent entre les hommes se partageant en trois groupes principaux qui constituent le droit des gens, le droit public et le droit privé.

Dans le premier groupe, il range ces lois générales de l'humanité et de l'équité qui régissent les rapports mutuels d'hospitalité, de commerce, de navigation, d'industrie, entre des nations indépendantes, n'ayant pour obtenir justice l'une de l'autre que la voie des armes.

Jusque dans cet élément primordial du droit des gens qui semble seul avoir conservé, à travers les siècles, son caractère

[1] *Avertissement*, § 1er.
[2] *Lettre au roy*.

Digitized by Google

de simplicité native, Domat montre le droit arbitraire venant sous la forme des conventions et des traités, mêler ses règles changeantes aux principes immuables de l'humanité, dont l'empire s'étend non-seulement à la paix pour régler l'harmonie, mais même à la guerre pour en adoucir les horreurs.

Le droit public, tel que le conçoit notre auteur, embrasse plus et moins que ne comporte la signification actuelle de ce mot : Il comprend moins, car, toutes les règles du droit des gens s'en trouvant exclues, il n'y reste que les matières relatives aux « personnes unies dans un État sous un même gouver- « nement : » Il comprend plus, car sous le nom de droit public, Domat embrasse notamment quatre sortes de matières qui, ayant aujourd'hui pris place dans nos codes, se sont presque fondues, pour une part, dans le droit civil, tandis que, pour l'autre part, elles constituent ce qu'on appelle spécialement le droit pénal. La définition des crimes et délits et l'instruction des procès criminels composent cette dernière part : l'autre consiste dans le droit commercial et dans l'instruction des procès civils.

On voit assez par là ce que Domat réserve pour le droit privé dont il est traité dans le *Livre des lois civiles* sur lequel ont précédemment porté nos recherches.

Il faut bien ici rattacher l'une à l'autre ces matières, car une pensée commune anime et soutient tout l'ouvrage. L'idée du droit ne peut, suivant Domat, se séparer de celle de la justice et de la vérité; mais il y a des degrés dans le juste comme il semble y en avoir dans le vrai. Quel est donc son dessein et son but? C'est de dégager, par l'analyse, dans chacune des matières principales du droit, ce que la justice a de toujours juste, ce que la vérité a de toujours vrai, et de donner ces règles pour base à la science du droit simplifiée et refondue.

« Comme on a, dit-il[1], tâché, dans les *Lois civiles*, d'y mettre en ordre et dans leur jour les règles naturelles du droit privé, on essaiera dans ce livre du *Droit public*, d'y ranger de même les lois naturelles qui sont de ce droit, et on en retranchera les lois arbitraires qui sont dans les ordonnances et dans les coutumes. »

Mais cette méthode, admirablement inventée pour le droit

[1] Préface du *Droit public*, p. 10.

Digitized by Google

privé dont les règles sont en général si claires qu'on pourrait les appeler la conscience écrite du genre humain, convient-elle également à l'étude de ce droit public dont le nom même indique qu'il faut en chercher hors de nous l'objet et les principes ?

Domat lui-même ne méconnaissait pas cette différence fondamentale. Il constatait que dans le droit public, les règles d'équité naturelle, dont les livres des jurisconsultes romains nous ont transmis le dépôt, étaient bien plus rares, et que même « il ne s'en trouvait presque aucune sur les matières qui sont « les plus importantes de ce droit [1]. »

Et c'est là, comme il nous le raconte, le principal motif qui l'a engagé à écrire son traité des *Lois civiles* « pour commencer par le plus facile », car lorsqu'on en vient au droit public, on ne trouve plus « l'appareil d'un détail de matériaux pour en com- « poser les règles. » Il ne s'agit donc pas seulement de mettre en ordre des éléments tout préparés, mais de composer, à vrai dire, une science nouvelle, dont les éléments épars en divers lieux n'avaient jamais été réunis jusqu'alors, ni soumis à ce travail de l'entendement qui sépare et fixe les règles spéciales à chaque matière.

Quoiqu'il en soit, nul obstacle n'arrêtera l'esprit patient et méthodique de Domat. Nous le verrons lutter contre les difficultés, je dirais presque contre la nature même de son sujet, pour extraire, s'il était possible, du droit public, quelque chose d'immuable et formuler les règles de la politique en axiômes de droit naturel et d'équité.

Rien de semblable n'avait été tenté, en France, dans les siècles précédents. On n'avait pas encore imaginé de séparer, en ces matières, l'exposition de la théorie de l'étude des faits. Etienne Pasquier dans ses *Recherches*, comme Jean Bodin dans sa *République*, et Michel Montaigne dans ses *Essais*, se mettaient moins en peine de déduire logiquement leurs raisons que d'étayer leurs thèses sur des exemples mémorables et des citations frappantes : Ils « se donnaient pleinement, » dit l'un d'eux, « liberté de sau- « ter d'un propos à l'autre, comme le vent de leur esprit don- « nait le vol à leur plume [2]. »

[1] *Avertissement* qui précède le *Droit public*.
[2] Pasquier, édit. 1723, t. II, colonne 515.

Digitized by Google

Pour l'ami de Pascal, au contraire, il n'y a d'argumentation concluante que celle qui repose sur une méthode logique et rigoureuse. Que dis-je ! la méthode logique elle-même est répudiée par lui quelque part [1], comme manquant de force dans ses déductions et de simplicité dans sa marche. C'est à la méthode géométrique qu'il donne hautement la préférence, car elle seule peut rendre ses raisonnements serrés comme des démonstrations mathématiques et ses conclusions sensibles comme des axiômes.

« Cette méthode, dit-il [2], peut se réduire à deux simples règles ; l'une de ne rien recevoir pour vrai qui ne soit ou évident « par soi-même ou démontré ; l'autre de ranger tout le détail « des vérités qu'on veut prouver selon qu'elles suivent les unes « des autres. »

« Quoiqu'il soit vrai, ajoute-t-il, que toutes sortes de matières « dont on peut raisonner ou discourir, ne consistent pas en vérités susceptibles de l'évidence ou de la certitude de celles de « la géométrie, sa méthode ne laisse pas d'avoir son usage, car « il est naturel à toutes sortes de raisonnements, de preuves et « de discours de toute nature, soit pour enseigner ou pour d'autres usages, de commencer par ce qu'il y a de plus clair, de « plus facile et de plus certain, et d'observer l'ordre naturel de « la suite et de la liaison qu'ont entre elles les choses dont on « doit parler [3]. »

Ne reconnaît-on pas dans ce peu de mots le résumé fidèle de la méthode que nous avons étudiée dans le Traité des lois ?

Malgré sa réserve et sa modestie, Domat n'omet point de faire ressortir ce mérite particulier de son livre, mérite austère et qui n'a pas, pour captiver notre attention, les mille ressources que donne la variété des tons, la diversité des sujets, l'ordre mêlé des matières. Je suis loin de contester à ses illustres devanciers dans l'étude de la philosophie morale et du droit, la réunion de qualités solides et brillantes que l'on vante et que l'on aime dans leurs impérissables écrits. Mais si, pour l'attrait de la lecture, une marche capricieuse et bizarre qui va, comme dit Montaigne, *par sauts et gambades*, a quelquefois sa force et sa puissance ; si l'es-

[1] Tom. II, p. 123.
[2] Page 123, col. 2.
[3] *Ibid.*, page 123, col. 2.

Digitized by Google

prit humain est ainsi fait qu'il se laisse plus facilement conduire lorsqu'il n'aperçoit directement ni le but où on le mène, ni la voie qu'on lui fait prendre, il faut avouer cependant que cet art d'arrêter, chemin faisant, le lecteur dans cent endroits, où son attention fatiguée se distrait et se repose, s'il est plus séduisant et plus aimable, est aussi peut-être plus aisé. J'ai toujours quelques doutes sur la rigueur d'une méthode qui se dissimule si bien sous des digressions infinies; je la soupçonne de s'oublier quelquefois comme je l'oublie moi-même, et je le lui pardonne volontiers, lorsqu'à la place de ce qui manque à telle ou telle déduction pour être logique, je trouve un récit qui me plaît, un sentiment qui me touche, ou un trait de génie qui me frappe. Toutefois, à côté de ces livres qui sont encore, pour nous tous, les maîtres usuels de la science et de la vie, et dont la causerie, toujours ingénieuse ou aimable, convient aux heures du loisir comme aux heures de l'étude, qui n'admirerait la belle ordonnance de ces monuments réguliers où toutes les lignes sont tracées avec art, où pas un ornement superflu ne vient interrompre la symétrie de l'ensemble? Je n'ai pas à craindre, d'ailleurs, d'en rencontrer beaucoup sur ma route. Pascal et Domat n'ont pas fait, sous ce rapport, trop nombreuse école.

Avant de passer plus avant, remarquons que si dans sa manière de composer et d'écrire, l'auteur du *Traité des lois*, sacrifie si rarement aux grâces, même à celles dont le maintien est le plus sévère, ce n'est pas qu'il ignore les ressources ou les secrets de l'éloquence. C'est plutôt qu'il s'applique, trop rigoureusement peut-être, les règles qu'il a posées avec un goût si élevé et si pur dans une de ces digressions où, quoiqu'il en ait, il se laisse quelquefois entraîner lui-même. Je ne puis résister au désir d'en citer quelques lignes, pour montrer comment, à côté des règles pour bien vivre, Domat savait tracer, d'une main non moins sûre, de sages préceptes pour bien parler et bien écrire.

« Plusieurs de ceux qui ont étudié la rhétorique, dit-il, quel-
« que part[1], ne savent pas l'élever à son juste usage, mais cher-
« chent des ornements où il n'en faut point et ne donnent pas à
« ceux qui sont nécessaires l'air naturel qui doit faire toute leur
« beauté. L'art de bien parler, ajoute-t-il, devrait s'élever à une
« éloquence solide et judicieuse, proportionnée aux sujets et

[1] Traité du *Droit public*, p. 118, 2e colonne.

Digitized by Google

« dont les ornements eussent toute leur grâce dans les ma-
« nières vives et naturelles d'éclairer, de toucher, d'émouvoir
« l'esprit et le cœur ; car bien qu'il soit vrai que, par la nature
« seule, on ne puisse pas aussi bien parler qu'avec le secours
« de l'art, ce succès ne doit pas paraître, et l'art consiste à le
« cacher et à n'étaler que les grâces naturelles de la même ma-
« nière que la nature elle-même, si elle était dans sa perfection,
« les étalerait, car c'est elle qui en est la source. Ainsi, plus il y
« a d'art qui donne à la nature sa perfection, moins il doit pa-
« raître. »

N'est-ce pas dans ce style que Boileau se serait exprimé, s'il eût voulu tracer en prose les règles du bon goût et du beau langage?

Mais c'est assez s'étendre sur la forme du traité du *Droit public ;* disons maintenant quelques mots de son objet.

Domat le divise en quatre parties, dont la première comprend tout ce qui regarde l'ordre général d'un Etat ; la nécessité du gouvernement temporel, sa forme et son usage ; les droits et les devoirs de ceux qui exercent la puissance souveraine, l'obéissance qui leur est due ; les fonctions et devoirs des personnes appelées à leur conseil, l'usage des forces nécessaires dans un Etat pour en maintenir l'ordre au-dedans et le défendre au-dehors ; les moyens de faire subsister l'Etat en bon ordre par les impositions et les finances, d'y faire abonder toutes choses par de sages règlements ; la police des foires et marchés, celle des mers, des fleuves, des rivières, des ponts, des grands chemins, des places publiques et des rues ; les eaux et forêts, la chasse et la pêche ; les communautés des villes et autres lieux ; les universités, colléges et académies pour l'instruction de la jeunesse et pour faire fleurir les sciences et les arts ; les hôpitaux, et enfin l'usage de la puissance temporelle à l'égard de l'Eglise.

C'est, comme on le voit, un résumé complet de tout ce qui concerne la nature et les attributs de la puissance souveraine. Le droit politique, le droit administratif, le droit commercial, l'économie politique elle-même, nom inconnu pour longtemps encore, quoique la science qu'il désigne occupât déjà les méditations des hommes d'Etat, sont traités tour à tour dans ce livre dont la matière, effrayante d'étendue, suffirait à composer plusieurs ouvrages.

Mais la souveraineté ne peut s'exercer que par de nombreuses

Digitized by Google

délégations de pouvoir, dont les dépositaires participent plus ou moins au gouvernement et à la police de l'Etat. Domat consacre la seconde partie de son Traité à définir l'autorité, le rang, les droits et les devoirs de tous ceux qui exercent des charges, offices ou fonctions dans l'ordre administratif ou judiciaire.

Après avoir ainsi montré sur quoi repose et comment se maintient l'ordre général d'un Etat, notre auteur se proposait de faire voir, dans sa troisième partie, quels sont les faits criminels qui troublent cet ordre, et par quels châtiments ces faits sont réprimés et punis.

Il réservait la quatrième pour développer tout ce qui concerne l'ordre judiciaire, ce pouvoir délégué du souverain, et cependant souverain lui-même; seule fonction à la fois indépendante et sujette, car la justice dont elle a le dépôt lui communique avec sa force quelque chose de sa majesté.

Domat voulait tracer ici séparément les règles des procès civils et des instructions criminelles, et suivant jusqu'à sa plus extrême limite la distinction qu'il avait posée tout d'abord, il se proposait de faire ressortir ce qu'il y a, dans la procédure elle-même, de principes appartenant au droit naturel et à l'équité.

L'exécution de ces deux dernières parties est restée incomplète : mais la pensée qui les devait inspirer ne l'était pas; car on la retrouve concise et profonde dans les deux sommaires où Domat expose son plan pour le droit pénal et pour l'ordre judiciaire.

La partie du droit public qui se rapporte à l'essence du gouvernement, à son action et à ses formes, a donc seule été traitée à fond par Domat, et doit seule fixer notre attention aujourd'hui.

Une réflexion générale est d'abord nécessaire.

Pour apprécier les principes de Domat sur le droit public, il faut se mettre au point de vue de son temps, au point de vue du milieu dans lequel il a passé sa vie. Il faut juger son livre avec les idées que l'on avait alors, et non avec celles qui sont venues depuis, avec les idées de Bossuet, et non avec celles de Montesquieu.

Domat avait l'esprit sagace et pénétrant, il avait l'élan du génie, mais contenu par toutes les sortes de respect qui étaient comme des barrières que l'on n'avait pas encore franchies : respect pour la religion, respect pour la royauté comme pour une

Digitized by Google

seconde religion, respect pour toutes les institutions établies; mais respect libre et réfléchi qui, sans exclure l'usage de la raison, tenait la bride à l'imagination et à l'esprit novateur.

Il est vrai qu'à l'exemple de tant d'âmes d'une trempe ferme et vigoureuse, Domat professait, en matière religieuse, des doctrines qui avaient alors, à certains égards, couleur d'opposition ou d'indépendance ; mais, il ne faut pas s'y méprendre, ce n'était pas au profit des libertés publiques telles que nous les comprenons aujourd'hui, pas plus qu'au profit de la véritable liberté de l'âme humaine, que Port-Royal retranchait quelque chose à la soumission filiale du catholique envers l'Eglise. Comme il arrive à toutes les exagérations, même à celles du bien et de la vertu, ces doctrines conduisirent à plus d'une inconséquence leurs partisans les plus austères, et au moment même où nous plaignons les rigueurs dont la religion fut pour eux le prétexte ou la cause, nous les voyons eux-mêmes demander des armes au pouvoir, et ce n'était pas non plus pour protéger et pour défendre.

Avec cette disposition d'esprit, Domat ne pouvait guère avoir la pensée de faire un livre pour préparer la transformation du droit politique, en modifiant ses bases. Il se proposait seulement de mieux définir les règles qui se rapportent à ce droit, et de composer par leur assemblage une science qui, à vrai dire, n'existait pas encore. — Son dessein était surtout d'enseigner à chacun la théorie complète de ses devoirs.

La philosophie du XVIIIe siècle s'est attachée à faire ressortir le point de vue des droits; dans le siècle précédent, au contraire, c'était l'idée du devoir qui prédominait, c'est-à-dire l'idée chrétienne par excellence, car elle se compose de sacrifice, de résignation, de victoires à remporter sur soi-même.

On commençait alors par s'appliquer cette doctrine avant de l'enseigner à autrui.

Des hommes comme Pascal et Domat se consolaient de ne pas faire du bruit dans le monde, ils se résignaient à consumer toute leur science, tout leur labeur, et ce qui est bien plus que cela, toute l'activité de leur âme, tout le travail intime de leur pensée, dans des ouvrages ignorés de leur vivant, mais qui devaient être plus tard profitables à la religion ou à la patrie.

De telles vies passées dans la retraite et dans l'étude, se soutenaient par d'immortelles espérances. Ces grands hommes s'en

Digitized by Google

reposaient sur Dieu du soin de leur renommée, s'il la jugeait utile à sa gloire, et tôt ou tard, en effet arrive pour eux, même sur la terre, le temps de la justice. Les préjugés s'effacent, et en fouillant les archives du passé, on est tout surpris d'y retrouver, dans des monuments longtemps oubliés, une masse d'idées que l'on croyait surannées et qui sont encore à notre usage.

C'est qu'une pente invincible ramène l'esprit humain vers les vérités et les principes qui sont au fond de notre nature.

Il y a des temps où le flot monte, où la mer se soulève, obéissant à des influences inconnues; on croirait alors qu'elle est prête à sortir de ses limites et à franchir la barre du rivage. Puis tout naturellement arrive le moment du reflux : cette marée montante revient sur elle-même, mais ce n'est pas pour descendre plus qu'autrefois, c'est pour rentrer dans son lit, pour reprendre son niveau, pour se fixer à ces barrières qu'une puissance supérieure lui a posées lorsqu'elle lui a dit : Tu n'iras pas plus loin.

Mais ce point de vue n'est pas le seul auquel il importe de s'arrêter.

Comment ne pas reconnaître, dans le *Livre du droit public* de Domat, l'influence entraînante du siècle de Louis XIV?

Les écrits politiques composés pendant que nos luttes intestines du seizième siècle duraient encore, n'ont de fortement prononcé que le sentiment monarchique qui avait de si profondes racines dans tous les cœurs; mais ils hésitent sur la forme des institutions; ils nous montrent la société en travail de je ne sais quel changement dont l'attente produisait dans tous les esprits un malaise indéfinissable, quelquefois même une sorte de découragement et de désespoir.

« Je crains, je croy, je voy présentement la fin de nostre re-
« publique (écrivait Etienne Pasquier à Sainte-Marthe quelque
« temps après la journée des barricades); les corps politiques
« ont certaines proportions par lesquelles ils prennent leurs
« commencements, progrès et périodes. Introduisez-y un bigar-
« rement de religion, foule extraordinaire des subjets, mécon-
« tentement géneral des princes, la république est de telle façon
« malade qu'il est mal aisé de l'en relever [1]. »

Les prévisions de Jean Bodin n'étaient pas moins sombres.

[1] Edition de 1723, t. II, c. 337.

Digitized by Google

« Depuis que l'orage impétueux, disait-il, a tourmenté le « vaisseau de nostre république avec telle violence, que le patron « même et les pilotes sont comme las et recrus d'un travail « continuel, il faut bien que les passagers y prestent la main, « qui aux voiles, qui aux cordages, qui à l'ancre, et ceux à qui « la force manquera, qu'ils donnent quelques bons avertisse- « ments ou qu'ils présentent leurs vœux et prières à celuy qui « peut commander aux vents et appaiser la tempête [1]. »

Bodin ajoutait, avec une résignation pleine de tristesse :

« S'il en est ainsi qu'il n'y eut oncques et n'y aura jamais ré- « publique si excellente en beauté qui ne vieilisse comme « sujette au torrent de nature fluide qui ravist toutes choses, du « moins qu'on fasse en sorte que le changement soit doux et « naturel si faire se peut, et non pas violent ny sanglant [2]. »

Il y avait donc un remède inconnu à trouver à tant de maux, et ce remède il était tout simple qu'on le cherchât partout, dans les exemples de l'histoire, dans les livres des philosophes, dans les opinions des publicistes de tous les pays et de tous les temps. Il arrivait quelquefois, même aux plus sages, d'interroger à cet égard jusqu'aux combinaisons mystérieuses de l'astrologie. Tout bon citoyen pouvait du moins donner carrière à ses propres pensées ; puis, après avoir pesé les inconvénients et les avantages de toutes les formes imaginables de gouvernement, sans qu'ordinairement ce libre examen fit autre chose que confirmer encore la foi monarchique de l'auteur, chacun en revenait à désirer pour *sa France,* comme Étienne Pasquier la nommait avec amour, tel ou tel tempérament de liberté, suivant que la pente de son esprit lui faisait goûter davantage telle ou telle de nos antiques institutions.

Jean Bodin, partisan des Etats généraux où il avait siégé, en 1576, avec honneur et influence, fut le premier, s'il faut l'en croire, qui ait osé soutenir nettement en France, que les rois n'avaient pas le droit de lever impôts sans le consentement exprès du peuple [3].

[1] Préface sur les *six livres de la République*, édit. de 1593, p. 1.

[2] *Ibid.*, p. 2 et 3.

[3] Eos ego qui de jure fisci ac regalibus amplificandis scripsêre, sententias primus omnium, et quidem periculosissimis temporibus, refellere non dubitavi, quòd regibus infinitam supraque divinas et naturæ leges tribuerent potestatem ? Quid autem magis populare quàm quod scribere ausus sum : ne

Digitized by Google

Il ne va pas pour cela jusqu'à prétendre « que les Etats soient « au-dessus du prince, ni que celui-ci soit obligé de si arrester « à leur advis, si la raison naturelle et la justice de son vouloir « luy assiste [1], » car « le maistre pilote, dit-il, doit avoir en sa « main le gouvernail pour le tourner à sa discrétion ; autrement « le navire serait plustost péri qu'on n'aurait pris l'advis de « ceux qu'il porte [2]. » Mais il ne voit rien de plus admirable et de plus digne que l'accord de la représentation populaire et de l'autorité royale, lorsque celle-ci, sans se départir de son droit, se laisse vaincre volontairement par les requêtes et supplications de son peuple.

« La souveraineté du monarque, dit-il, n'est en rien altérée « ny diminuée par la présence des États; ainsi, au contraire, « que sa majesté en est beaucoup plus grande et plus illustre, « voyant tout son peuple le recognoitre pour souverain, encore « que, par telle assemblée, les princes ne voulant pas rebouter « leurs subjets, accordent et passent plusieurs choses qu'ils ne « consentiraient pas, s'ils n'estoyent vaincus des requestes, « prières et justes doléances d'un peuple affligé [3]. »

Imbu davantage des idées parlementaires, Etienne Pasquier trouvait la garantie de l'enregistrement bien préférable à la convocation des Etats. « Sous ces beaux et doux appats, disait-il, on « ne convoque jamais telles assemblées que le peuple n'y ac- « coure, ne les embrasse et ne s'en esjouysse infiniment, ne « considérant pas qu'il n'y a rien qu'il deust tant craindre, « comme estant le général refrain d'iceux, de tirer argent de « luy [4]. Car, jamais on ne fit assemblée générale du tiers-état en « cette France, sans accroistre les finances de nos roys à la di- « minution de celles du peuple [5]. »

Lorsqu'il nous dépeint au contraire la manière dont le prince

regibus quidem licere, sine summâ civium consensione, imperare tributa! (*Epistola ad Fabrum* en tête des six livres de la République, 1593, p. 6.)

Et ailleurs il dit, en français : « Il n'est en la puissance de prince du monde de lever imposts à son plaisir sur le peuple non plus que prendre le bien d'autrui. » Page 102, *édition de* 1578.

[1] Edit. de 1593, p. 137.

[2] *Ibid.*, p. 142.

[3] *Ibid.*, p. 141 et 142.

[4] *Les recherches de la France*, édit. de 1793, col. 83.

[5] *Ibid.*

Digitized by Google

réunissait en parlement ses premiers seigneurs et plus notables magistrats, pour ajouter à l'autorité souveraine de ses édits et ordonnances, celle de la justice et de la raison, Pasquier s'écrie, avec l'éloquence d'une conviction profonde :

« Grande chose véritablement et digne de la majesté d'un « prince, que nos roys auxquels Dieu a donné toute puissance « absolüe, ayent, d'ancienne institution, voulu réduire leurs vo- « lontez sous la civilité de la loy, et en ce faisant que leurs édits « et décrets passâssent par l'alambic de cet ordre public. Et en- « core, chose pleine de merveille que, dès lors que quelqu'or- « donnance a esté publiée et vérifiée au parlement, soudain le « peuple français y adhère sans murmure, comme si telle com- « pagnie fust le lien qui nouast l'obéissance des sujets avec le « commandement de leur prince[1]. »

Domat ne pouvait pas avoir cet enthousiasme des libertés publiques ; mais il en avait un autre qui lui en tenait lieu, celui de la justice.

A l'époque où il écrivait son *Traité du Droit public*, il touchait à la fin de sa longue carrière, mais quelque longue qu'elle eût été, il n'avait vécu de sa vie d'homme que sous Louis XIV, et sous Louis XIV dans sa grandeur, car il mourut l'année qui précéda la paix de Ryswick.

On se figure aisément quel prestige avait dû exercer sur tous les esprits le spectacle imposant de cette succession jusques-là non interrompue de prospérités et de gloires.

Le gouvernement qui avait produit ces grandes choses était facilement absous des défauts que la science politique y pouvait découvrir.

Si la France affectionnait ses rois, même lorsqu'ils étaient malheureux et faibles, si pendant la minorité de Louis XIII (en 1617), le duc de Rohan, dans ses *Discours politiques* exprimait ce vœu : « J'espère de voir le roy dans six mois, *du tout absolu*, « guerres civiles entièrement finies, et le chemin ouvert à la « gloire et grandeur du roy et de son royaume[2]; » comment s'étonnerait-on que Domat, dans son chapitre sur *les droits et devoirs de ceux qui ont le gouvernement souverain*, mette au rang

[1] *Les recherches de la France*, édit. de 1723, col. 66.

[2] *Mémoire du duc de Rohan*, Amsterdam, 1765, t. II, p. 213.

Digitized by Google

de ces devoirs, que « leur puissance soit aussi absolue que doit « être l'empire de la justice [1] ? »

Les âmes les plus généreuses se ployaient à l'opinion commune, et ce qui semblait alors une réclamation hardie, quelquefois une contradiction périlleuse, n'était guère en réalité qu'une faible nuance que nous distinguons à peine aujourd'hui. Fénelon lui-même ne demanda le retour aux anciennes assemblées que lorsque les maux de la France firent craindre un moment que la main seule de Louis XIV ne suffît plus à sauver l'État [2].

Mais Domat n'avait pas vu faiblir la fortune du grand roi. La Providence ne l'avait rendu témoin d'aucun fait qui pût le faire douter de sa *Théorie du pouvoir*.

Cette théorie offre les caractères les plus frappants de ressemblance avec la *Politique tirée de l'écriture sainte*, par Bossuet.

Ce que Bossuet expose en théologien, Domat le développe en jurisconsulte et en publiciste. Le premier laisse parler la divine écriture ; il ajoute à peine quelques mots de commentaire au texte sacré. « Sa politique, comme dit M. Villemain [3], était aussi impérieuse que sa foi. » Le second, formule ses axiômes dans le langage de nos écoles, mais on sent bien au ton de sa parole, qu'il s'est inspiré dans le sanctuaire. Il discute, il semble même établir un parallèle entre les diverses formes de gouvernement, mais quand il les a réduites à deux termes absolus, la république et la monarchie, son choix ne saurait être un seul instant douteux ; tant il allègue, pour préférer la monarchie, de belles et patriotiques raisons.

J'aime surtout à l'entendre vanter ce gouvernement comme étant celui de ce noble pays de France « qui se distingue, dit-il, « entre tous les États par son étendue en plusieurs grandes pro- « vinces, par sa situation dans le climat le plus tempéré et entre « les deux mers, par la fertilité de tout ce qu'il y a de meilleur « et de plus nécessaire, par la multitude de ses sources, ruis- « seaux, rivières et fleuves propres à la navigation pour la com- « munication des provinces ; par la politesse de la nation féconde « en grands esprits et en grands hommes, par ses richesses et « ses grandes forces, en sorte qu'on n'a jamais vu d'État d'une

[1] *Traité du Droit public*, 1777, p. 7, 2e colonne.
[2] Voir l'*Eloge de Montesquieu* par M. Villemain. Mélanges, 1846, p. 68.
[3] *Ibid.*, p. 60.

Digitized by Google

« si longue et si ferme durée avec tant d'avantages au-dessus « des autres[1]. »

N'est-ce pas le même sentiment qui animait Virgile lorsqu'il saluait l'Italie ;

« *Salve, magna parens rerum, Saturnia tellus,*
« *Magna virûm.* »

Domat distingue bien deux sortes de monarchies, quant à la source et à la transmission du pouvoir, la monarchie élective et la monarchie héréditaire, et il préfère la seconde comme plus conforme à l'ordre naturel établi par la Providence : mais quant au mode d'exercice de la souveraineté, on chercherait en vain dans le *Traité du Droit public*, non-seulement le nom, mais l'idée d'une *monarchie tempérée*, dans le sens que nous donnons aujourd'hui à ce mot, c'est-à-dire, d'une monarchie limitée par des institutions libres ou populaires.

Cette idée qui repose tout entière sur un partage, sur une pondération des pouvoirs, n'était pas alors admise, comme chose possible, dans notre France.

Bodin lui-même, malgré son goût pour les assemblées d'États, déclarait nettement *que le pouvoir de donner loy ou commander à tous en général et à chacun en particulier, était incommunicable aux sujets*[2].

« Sans cette autorité absolue, a dit Bossuet, le roy ne peut ni « faire le bien ni réprimer le mal[3]. »

Il semble que, par la pente naturelle de son esprit, Domat devait se complaire dans ce principe de l'unité du pouvoir, car sur ce terrain, ses déductions rigoureuses n'auront pas à dévier un seul instant de la ligne droite suivant laquelle il va les tirer géométriquement de leurs prémisses.

Mais, est-ce donc ainsi que vont les choses, et cette admirable harmonie de l'Univers, est-elle le résultat d'une seule loi et la conséquence d'un seul principe? N'y a-t-il pas au moral comme au physique une pondération, une balance, un tempérament d'éléments divers dont les doses modérées ou excessives produisent la paix, l'union et l'accord, ou le désordre et le trouble?

Que de combinaisons, que de forces différentes et souvent en

[1] *Droit public*, p. 4.
[2] Edit. de 1578, p. 163.
[3] Edit. de 1822, *Politique*, t. 1, p. 169.

Digitized by Google

apparence contraires entretiennent dans le corps humain le mouvement et la vie ; que de puissances se font la guerre, même dans cette âme indivisible et simple qui commande et qui cependant est si souvent ébranlée par les passions, et sujette à ces émotions qui devraient lui obéir!

Faut-il s'étonner de retrouver dans la société, qui est notre image, ces combats et ces luttes que nous avons à soutenir au dedans de nous?

Mais suivons l'observation importante que nous faisions tout-à-l'heure.

Dans le langage des publicistes des XVIe et XVIIe siècles, *république et royauté* étaient deux mots qui exprimaient à certains égards une même idée, celle du souverain, et du souverain puissant et honoré dans sa force. On a pu déjà s'en apercevoir à quelques citations contenues dans notre exposé.

Bodin, Pasquier, Dumoulin, se servaient de ce nom *la république*, comme Domat se sert de ce nom *le prince*, pour désigner le chef de l'État ou l'État lui-même, car c'était tout un à leurs yeux.

On n'avait pas encore opposé le droit divin au droit du peuple, et dans la théorie chrétienne du pouvoir, ces deux choses se conciliaient sans effort. Loin d'être la négation du droit du peuple, le droit divin en était la consécration dans le sens qu'exprime Domat, lorsqu'il dit :

« Comme c'est Dieu qui est le maître de tous les événements, il tient en ses mains ceux qui font passer la puissance souveraine d'une main à une autre, soit par succession, par élection ou par d'autres voies, de sorte que c'est de lui que les princes, même infidèles, tiennent leur puissance [1]. »

Aussi, loin d'en prendre ombrage, le Français tirait à fierté cette origine de la royauté. Il disait avec Bodin : « Le roy de « France ne reconnoist rien après Dieu plus grand que soy- « même : c'est pourquoi on dit dans ce royaume que le roy ne « meurt jamais, car il ne tient son sceptre du pape, ny de l'ar- « chevêque de Rheims, ny du peuple, ains de Dieu seul [2]. »

Et pourtant Domat se garde bien de compter pour rien l'opinion du peuple. Tant s'en faut, puisqu'en faisant ressortir la du-

[1] *Droit public*, p. 7.
[2] Page 725 de *la République*, édit. de 1578.

Digitized by Google

rée du gouvernement monarchique dans tous les siècles et par tout l'univers, il ne craint pas d'en conclure, comme d'une preuve décisive, que ce gouvernement a donc pour lui le jugement de la multitude. Le principe qu'il pose à cet égard, en plein dix-huitième siècle, nous étonne.

« Dans les choses, dit-il, où la connaissance du juste et du « vrai ne dépend ni de l'étude des sciences, ni de la dureté et « droiture du cœur, et où la diversité des sentiments ne blesse « ni la religion ni les bonnes mœurs, la multitude sent et juge « presque toujours mieux que ne sentent et jugent ceux qui veu- « lent s'en distinguer et qui se portent à d'autres vues que celles « où la pente naturelle porte le commun des hommes. Car cette « pente n'est autre chose que l'inclination de suivre les lumières « que Dieu nous donne naturellement; et la raison est le prin- « cipe qu'il nous a donné pour l'usage de ces lumières (1). »

Cette proposition n'est pas la seule où se révèle, dans les livres de Domat, ce coup-d'œil lucide qui pénètre au fond des questions les plus vives et semble deviner les problèmes de l'avenir.

Pour revenir à la définition de la monarchie telle que la concevait notre auteur, disons tout de suite que le pouvoir absolu dont il parle n'est cependant ni le despotisme, tel que le définit Montesquieu, ni le gouvernement arbitraire tel que le repousse Bossuet lui-même.

C'est dans la justice que Domat cherchait le contrepoids du pouvoir monarchique, comme Montesquieu, à un autre point de vue, l'a placé depuis dans l'honneur.

A cette condition, un gouvernement, qui suivant une expression éloquente « s'adoucissait par le bonheur public, » pouvait encore satisfaire de nobles cœurs, car tout ce qui lui manquait sous forme de liberté, on espérait l'y faire rentrer sous forme de justice.

Les efforts de Domat, pour y réussir, sont marqués à chaque page de son livre, lorsqu'il trace les devoirs du prince, de ses ministres et de tous ceux qui participent aux fonctions ou charges publiques. On pourrait même lui appliquer ce que dit Montesquieu en parlant de certains passages du cardinal de Richelieu sur les vertus des grands. « Il exige d'eux tant de choses qu'en

[1] *Droit public*, p. 3.

Digitized by Google

« vérité il n'y a qu'un ange qui puisse avoir tant d'attention, « tant de lumières, tant de fermeté, tant de connaissances, et on « peut à peine se flatter que d'ici à la dissolution des monar- « chies, il puisse y avoir un prince ou des ministres pareils [1]. »

Mais il ne faut pas oublier non plus, ce qu'un tel appel à la conscience privé de chacun, trouvait sous Louis XIV, de soutien et de force dans les mœurs publiques et dans la volonté ferme et résolue du monarque.

On lira toujours avec intérêt ces conseils de Domat, où la dignité du style égale la franchise respectueuse de la pensée.

« Comme la puissance des Princes leur vient de Dieu, et qu'il « ne la met en leurs mains que comme un instrument de sa pro- « vidence et de sa conduite sur les États dont il leur commet le « gouvernement, il est évident qu'ils doivent faire de cette puis- « sance un usage proportionné aux fins que cette providence et « cette conduite divine veut qu'ils se proposent [2].... Il s'ensuit « que tout le détail du gouvernement des princes doit avoir le « caractère essentiel de la justice qu'ils sont obligés de faire « régner, et qu'ayant pour cet usage la force en leurs mains, le « corps de l'État doit sentir que son chef est animé de l'amour « de la justice... C'est par cet amour de la justice que les princes « se rendent eux-mêmes aimables aux peuples et qu'ils domi- « nent avec une autorité d'autant plus absolue qu'elle est plus « naturelle et que c'est l'ordre divin qui en est le principe et « qui en règle l'usage [3]. »

A côté de l'amour de la justice, Domat place celui de la vérité, qui en découle et lui ressemble.

« L'amour, dit-il, est le poids de la volonté : quelque part « qu'elle aille, c'est toujours ce poids qui l'y porte... Quand l'a- « mour s'unit à la vérité qui est son repos, il devient immuable « comme elle, et autant qu'il en est l'esclave, autant devient-il « libre en soi-même par une générosité invincible qui le rend « capable de tout entreprendre pour elle, et par une fermeté « inébranlable qui lui fait mépriser toutes les difficultés et tous « les obstacles qui pourraient naître pour l'en séparer [4]. »

[1] *Esprit des Lois*, édit. Cazin, t. I, p. 129.
[2] *Droit public*, p. 7.
[3] *Ibid.*, p. 8.
[4] *Harangues*, p. 250.

Digitized by Google

Ce qu'il dit de la guerre et des armes n'est pas empreint de moins d'élévation et de noble franchise.

« Les princes qui entreprennent des guerres injustes, dit-il, « s'attirent, avec une gloire apparente devant les hommes, la « vengeance terrible que mérite l'attentat de prendre Dieu pour « protecteur de la violence, et de faire servir la puissance qu'il « leur a donnée pour l'instrument de leurs passions [1]. »

Domat examine à ce propos la question si controversée de savoir laquelle doit avoir le pas, l'une sur l'autre, de la robe ou de l'épée; et il n'hésite pas, lui magistrat, à se prononcer hautement pour la prééminence des armes.

La raison qu'il en donne c'est que la justice qui se rend, dans l'intérieur, aux sujets, n'est que la justice du prince qui la fait rendre par ses délégués, et ne donne force à leurs arrêts que par ses armes, tandis que la justice qui s'obtient par la guerre est celle de Dieu même qui se fait appeler le Dieu des armées, et dont les princes deviennent les exécuteurs et les ministres, étant armés de sa main pour exercer, en son nom et au péril de leur propre vie, le droit qu'il leur confie de vider leurs différends par cette voix sanglante et suprême.

Si je ne craignais de fatiguer par des citations trop nombreuses, je m'étendrais encore sur la manière dont Domat aborde le difficile sujet de la séparation des deux puissances; grande et délicate entreprise que de montrer comment, malgré la différence de leur point de vue, de leur esprit, de leurs moyens d'action, de leur fin dernière, la société civile et l'église peuvent non-seulement éviter tout conflit dans leur marche paisible, mais s'appuyer mutuellement l'une sur l'autre et se tendre la main sans abdiquer leur indépendance et sans confondre leurs caractères.

Le pieux auteur du traité des lois connaissait mieux que personne ce secret accord qui fait servir les vertus privées du chrétien à rehausser et affermir les vertus publiques de l'administrateur ou du magistrat, et qui au lieu de rétrécir ses vues, les élargit et les élève en lui découvrant dans le bien à faire à l'humanité, non plus la simple satisfaction des penchants les plus doux du cœur humain, mais aussi l'accomplissement d'une loi providentielle et divine.

[1] *Droit public*, p. 73.

Digitized by Google

L'exemple même de Domat vient ici justifier ce qu'il avance.

On est toujours surpris de voir ce magistrat de province, ce jurisconsulte qui n'a quitté son cabinet de travail que pour l'audience, établir en matière d'administration, de finances, d'économie politique, des principes qui sont encore aujourd'hui réputés les plus justes et les plus vrais après tant d'études et d'essais sur ces sciences dont Colbert et Vauban posaient alors les premières bases.

Je citerai, en matière de finances, le chapitre où Domat examine à quel système doit être donné la préférence pour l'assiette générale des impôts, et démontre que le système le plus conforme à la raison et à l'équité serait celui où la charge des contributions publiques peserait également sur les biens de toute nature, non par une seule sorte d'impôts qui s'étendrait à tous les biens à la fois, mais par des impôts variés propres à atteindre, conformément aux exigences spéciales de leur nature, les immeubles, les offices, les rentes, les marchandises et les industries [1].

Je pourrais citer aussi cette réflexion sur les octrois des villes, si souvent reproduite de nos jours, mais jamais avec plus de précision et de force.

« Quoique ces impositions de deniers nécessaires pour les dépenses des villes et autres lieux semblent ne pas regarder l'Etat, la permission du prince y est nécessaire. Car outre les abus qui seraient à craindre de la part de ceux qui feraient ces impositions, il est vrai d'ailleurs qu'elles regardent en effet l'État par deux considérations : l'une que le bon ordre de l'État est composé de celui des villes et des autres lieux ; et l'autre qu'il importe à l'État que ces dépenses soient réglées de sorte qu'elles ne nuisent pas aux contributions que les habitants des villes et autres lieux doivent à l'État [2]. »

En matière d'économie politique, quoi de plus concluant que ce raisonnement employé par Domat pour combattre tout établissement de maximum en cas de disette des denrées même les plus nécessaires à la ville.

« Les prix des choses doivent être différents suivant qu'elles « sont en petite quantité ou en abondance, et selon les circon-

[1] *Droit public*, p. 25 et 26.
[2] *Ib.*, p. 27.

Digitized by Google

« stances des temps et des lieux, et les fruits peuvent renchérir « dans la disette, par cette raison entre autres qu'il est juste que « les propriétaires ou possesseurs des fonds qui les produisent, « puissent en tirer les dépenses de culture et quelque revenu, à « quoi le prix ordinaire d'une petite quantité ne suffirait pas; et « dans ce cas, la réduction au prix ordinaire, qui ferait une in- « justice aux propriétaires, ne suffirait pas pour faire abonder « l'espèce de denrées que la disette aurait renchérie [1]. »

Quoi de plus sensé que cet éloge de la vie pastorale et de l'agriculture, au point de vue des garanties qu'elles offrent à l'ordre public.

« Il semble que Dieu ait voulu attacher deux avantages sin- « guliers à l'une et à l'autre. L'un, qu'elles sont de toutes les « professions les plus nécessaires, les plus naturelles, et d'un « usage plus universel pour le genre humain; et l'autre, qui est « une suite de ce premier, qu'elles sont plus éloignées et plus « dégagées des occasions qui excitent les passions les plus dan- « gereuses et qui troublent le plus la tranquillité [2]. »

Avant de quitter ce sujet de l'économie politique, je sens le besoin d'ajouter à l'éloge de Domat, un point que jusqu'ici l'occasion ne s'était pas offerte de lui accorder.

Sa réserve à proposer ou même à indiquer certaines réformes, m'avait paru quelquefois un peu timide.

Mais lorsqu'il vient à traiter de ce qu'on appelait alors la charité, de ce qu'on appelle aujourd'hui l'assistance publique, c'est-à-dire des devoirs de la richesse envers la pauvreté, son âme généreuse et chrétienne exprime ses pensées avec une franchise qui nous paraîtrait, à nous, périlleuse.

Il y a des choses qu'on dit hardiment devant un homme qui se porte bien, et qu'on adoucit pour un malade.

La propriété dormait alors en parfait repos, sous l'abri des institutions, des mœurs et des lois. Le prudent Domat pouvait donc, au dix-septième siècle, écrire sans danger ces lignes :

« L'état de ceux qui se trouvent dans la société et sans biens, « et dans l'impuissance de travailler pour y subsister, fait un « engagement à tous les autres d'exercer envers eux l'amour « mutuel en leur faisant part d'un bien où ils ont droit. Car tout

[1] *Droit public*, p. 58.
[2] *Ibid.*, p. 101.

Digitized by Google

« homme étant de la société a droit d'y vivre; et ce qui est né-
« cessaire à ceux qui n'ont rien, et qui ne peuvent gagner leur
« vie, est par conséquent entre les mains des autres, d'où il
« s'ensuit qu'ils ne peuvent sans injustice le leur retenir [1]. »

Domat ajoute, il est vrai, qu'il n'est pas permis à ceux qui sont dans le besoin « de prendre cette part si elle ne leur est donnée [2]; » mais il revient à plusieurs fois sur ce principe que « c'est un devoir indispensable à ceux qui peuvent secourir les « pauvres, de leur donner de cette part qui est en leurs « mains [3]. »

C'est d'abord au point de vue de la religion et de l'humanité qu'il développe ce principe, dans le chapitre qui concerne les établissements d'hôpitaux.

Mais lorsqu'il en vient au droit pénal, il ajoute un ordre d'idées digne à la fois d'un homme d'État et d'un criminaliste consommé.

Dans le dénombrement qu'il fait des délits et des crimes, qui portent le trouble dans la société, une observation le frappe : c'est l'énorme proportion des faits criminels qui ont pour objet le vol et pour cause une éducation vicieuse, l'oisiveté, le vagabondage et la misère : les cas de cette espèce sont bien plus nombreux à eux seuls que toutes les autres sortes de crimes ou délits réunies ensemble. Mais Domat y remarque une seconde et capitale différence : c'est qu'il n'y a presque aucun remède à chercher ou à espérer, si ce n'est l'exemple du châtiment lui-même, pour prévenir la multitude des crimes de différente origine; car comment guérir en chacun, l'ambition, l'avarice, le libertinage, l'impiété, l'envie, les haines, et toutes ces passions connues ou ignorées qui poussent au crime ceux-là même à qui n'a manqué ni l'éducation, ni la fortune? « Au lieu qu'il ne paraît « pas, dit-il, impossible de pourvoir, dans un État, à faire sub-« sister toutes les familles, ou par leur travail, s'il peut y suffire, « ou par un secours qu'on ne peut sans injustice leur refuser; « à punir tous ceux qui, étant sans bien et pouvant travailler ou « gagner leur vie, demeureraient dans l'oisiveté; » à veiller à des visites dans toutes les maisons soupçonnées de donner re-

[1] *Traité des Lois*, ch. IV, n° 4.
[2] Droit public, p. 132.
[3] *Ibid.*

Digitized by Google

traite à des fainéants et de receler des choses volées; à faire rendre compte à toutes personnes dont la condition serait inconnue, de leur domicile, de leur famille, de leur emploi; à entrer enfin dans un détail de précautions justes et possibles qui, diminuant le nombre des fainéants et des vagabonds, diminuerait aussi le nombre des larcins et des vols dont la fainéantise est la source.

Mais ce n'est pas seulement un meilleur système de police dont il indique le besoin, c'est un vaste système administratif qu'il expose, dans lequel il s'agirait « de multiplier les commerces » et les industries, de créer des « travaux publics, » de favoriser « des établissements de manufactures ou autres; » qui obligerait, par conséquent, l'État à des dépenses considérables, mais dont la charge ne serait pas, dit-il, comparable à l'immense avantage « d'ajouter à la tranquillité publique une des meilleures voies « pour la maintenir [1]. »

Le plan général que Domat s'était tracé, le ramenait ainsi naturellement, par le droit criminel, à l'ordre judiciaire et aux formes établies pour le jugement des procès.

Il n'y a pas de religion sans sacerdoce; il n'y a pas de droit civil sérieux et complet sans une magistrature chargée d'en conserver le texte et l'esprit. Que deviendrait une lettre morte sans cette interprétation vivante qui traduit, chaque jour, en actes protecteurs les principes de justice et de liberté gravés sur les tables de la loi?

L'immortel fondateur du Code civil l'a bien compris, et ce qu'il faut peut-être admirer le plus dans ce monument élevé par son génie, c'est la merveilleuse harmonie qui existe entre le système de nos institutions judiciaires et celui de nos lois.

Leur donnant à l'un et à l'autre pour point d'appui, non plus les différences et les privilèges, mais la fusion et l'égalité, il leur a fait prendre racine dans les entrailles même de la société nouvelle.

Ce qui semblait presque un retranchement fait aux prérogatives de la magistrature, un amoindrissement de son ancienne gloire, est devenu précisément pour elle une cause de force et de durée. Depuis qu'on a tracé pour les juges comme pour la loi civile une ligne de démarcation profonde qui les sépare de ce

[1] *Droit public*, p. 193.

Digitized by Google

qu'il y a de variable et de contesté dans les matières du droit public, il me semble les voir planer au-dessus des agitations et des tempêtes, dans cette région calme et sereine où la justice rayonne d'un paisible éclat.

Je craindrais d'aller trop loin en disant que Domat a appelé cet état de choses de ses vœux, et cependant qui ne remarquerait comme moi, dans toutes ces pages où il détaille les fonctions et prérogatives des magistrats, le soin avec lequel il évite de faire aucune mention de ces attributions politiques du parlement sur lesquelles Etienne Pasquier s'étendait avec une orgueilleuse complaisance.

Le temps, il est vrai, lui a manqué pour achever le tableau qu'il voulait présenter de l'ordre judiciaire.

Il été frappé par la mort, lorsqu'il n'avait plus qu'à parler des devoirs dont l'accomplissement avait rempli sa longue carrière.

Mais ses harangues ou de simples notes nous ont conservé quelques-unes des pensées qu'il aurait développées dans son livre.

On y voit avec quelle liberté son zèle, si réservé en d'autres manières, s'élève contre les abus qu'il rencontre dans l'administration de la justice.

Il n'ose pas donner tout-à-fait ce nom à la vénalité des charges, autorisée qu'elle est pas un long usage et surtout pour avoir produit tant de magistrats « qui joignent, dit-il, à beaucoup de lu-« mières et de sciences une parfaite intégrité [1], » mais il pose néanmoins en principe que la manière naturelle de remplir ces sortes de charges et toutes les autres, serait d'y pourvoir par le choix direct du prince, moyennant certaines garanties spéciales de capacité.

Mais l'étrange énergie des termes qu'il emploie pour caractériser l'ignorance, l'avarice, ou même simplement la faiblesse et la lâcheté de certains juges, fait assez voir comment, dans les juridictions subalternes, l'habitude d'une longue anarchie avait relâché tous les liens de la conscience et du devoir.

Ce n'était pas théoriquement et en hypothèse qu'il s'agissait alors de prêcher aux magistrats la fermeté contre les entreprises des grands, la résistance courageuse à l'injustice, le soin de protéger le pauvre, la veuve et l'orphelin contre d'iniques oppresseurs.

[1] *Droit public*, p. 150.

Digitized by Google

Après une de ces harangues dont la véhémence nous étonne, l'avocat du roi de Clermont quittait son siége et venait à Paris provoquer, au nom de la province effrayée, la tenue de ces *grands jours* d'Auvergne dont Fléchier nous raconte l'histoire, et dont l'un des résultats fut l'exécution capitale du gouverneur de la ville qui était venu, à la tête de ses archers, recevoir la Cour à l'entrée de son territoire.

L'une des réformes sur lesquelles Domat insiste avec le plus d'éloquence, est la nécessité, si longtemps méconnue, de rendre la justice gratuite pour les pauvres « qui n'ont pas, dit-il, le « moyen de la demander si on la leur vend. » [1].

Il signale ailleurs la multitude des officiers de justice comme engendrant la multiplicité des procès et des procédures, et ce dernier abus comme aggravant le premier à son tour, car « cha- « cune de ces multiplicités », dit-il, est à la fois « la cause et « l'effet de l'autre. » [2].

De toutes les lacunes que la mort de Domat a laissées dans son vaste ouvrage, je n'en sais pas de plus regrettables que l'inexécution de ce quatrième livre où il devait traiter « des manières de terminer les procès et différends. »

Quel profit la science de la procédure, si étroitement connexe à la science du droit civil, n'eut-elle pas retiré de ce travail que notre auteur abordait le dernier, comme pour y déposer le fruit de ses réflexions les plus mûres et y condenser, pour ainsi dire, l'expérience de toute sa vie.

Six pages seulement nous restent comme témoignage de ce qu'il allait entreprendre, et par ses six pages, dont je conseillerais à tout commerçant la lecture, il semble déjà qu'on soit mis au courant des secrets de la procédure, qu'on saisisse clairement le but et les caractères de ses actes, qu'on en pénétre l'esprit, et qu'on se guide avec aisance dans ce labyrinthe, en y retrouvant pour fil conducteur la méthode philosophique des *Lois civiles*.

Domat a laissé cette belle définition des avocats :

« Ce sont les parties dépouillées de leurs passions [3]. »

Ailleurs, il trace ainsi les qualités d'un bon juge.

« Au lieu que pour les autres charges, il suffit que l'officier (c'est-

[1] *Harangues*, p. 257.
[2] *Droit public*, p. 161.
[3] *Droit public*, p. 183.

Digitized by Google

à-dire le titulaire de l'office) soit homme de bien, il n'en est pas de même des officiers de justice : ils ont besoin d'un caractère de probité si pure, si délicate et si entière qu'on l'a distinguée par le nom propre d'intégrité :.... C'est une fonction divine qu'exercent les juges, ce sont les jugements même de Dieu qu'ils doivent rendre;... il y faut un amour ardent et généreux de la justice, une délicatesse de discernement pour la reconnaître, une opposition à toute injustice, à toute mauvaise voie, à toute mauvaise foi, une force et une fermeté à soutenir et protéger uniformément, en toutes sortes d'occasions, la justice et la vérité contre les obstacles de toute nature, un désintéressement qui mette toute considération au-dessous de celle du devoir de rendre justice, une application exacte et fidèle à n'en pas différer l'administion, et toutes ces qualités supposent l'empire de la raison sur les instincts, sur les passions, sur la froideur, sur la négligence et sur tous les autres défauts qui peuvent porter à quelque injustice ou à manquer à quelque devoir que Dieu demande de ceux qui rendent la justice [1]. »

Pouvions-nous mieux finir que par ce portrait, où, comme font quelquefois les grands peintres, Domat semble avoir laissé lui-même sa ressemblance, empreinte dans un coin du tableau ?

C'est à Paris, dans une modeste et paisible maison du cloître Saint-Benoît, voisine de celle où Pascal avait écrit *ses Pensées*, que Domat consacrait sa vieillesse à mettre la dernière main au grand ouvrage dont une partie devait rester inachevée, dont une autre ne devait voir le jour qu'après sa mort. Mais qu'importe ? La renommée d'ici-bas n'était pas le prix qu'il en attendait.

Il n'avait pas même mis son nom sur les premiers volumes des *Lois civiles* qui furent publiés de son vivant.

« J'ose espérer, disait-il dans sa *lettre au roi* [2], que Dieu m'ayant fait la grâce de m'engager à cette entreprise, il aura bien voulu que les vérités que j'ai puisées dans les sources qui viennent de lui, n'aient pas perdu leur force et leur beauté par ma faiblesse et mon peu d'art. »

La seule chose que nous sachions sur ses derniers moments,

[1] *Droit public*, p. 168 et 170.
[2] Voir cette lettre en tête du *Droit public*.

Digitized by Google

c'est qu'il ordonna qu'on l'enterrât avec les pauvres, dans le cimetière de St-Benoît.

Son nom s'y était sans doute conservé sur quelque simple pierre, car il en est fait mémoire sur les tables mortuaires où la fabrique de St-Etienne-du-Mont à voulu conserver le souvenir des *personnages célèbres enterrés dans les églises et couvents réunis à cette paroisse.*

La ligne consacrée à Domat dans ce long catalogue de la mort, est, que je sache, le seul monument public qui soit élevé en son honneur.

Mais le lieu où elle se trouve n'aurait pas été mieux choisi par Domat lui-même, qu'il ne l'a été par le hasard, lorsqu'une dévastation sacrilége a dispersé les tombes de nos grands hommes.

Car, tout à côté, dans cette église même de St-Etienne-du-Mont, se lisent encore, restaurées par des soins pieux, les épitaphes de Pascal et de Boileau.

Espérons que l'Auvergne, si fière des deux illustres amis, rapprochera un jour leur nom dans quelque monument plus digne de la gloire et des vertus qu'ils ont laissées pour seul héritage [1].

EUGÈNE CAUCHY.

[1] Dans son éloquente et savante *Dissertation sur Pothier*, M. Dupin a caractérisé en quelques mots le service rendu par Domat à la science du Droit.

« Aucun auteur, dit-il, n'avait tenté de refondre, pour ainsi dire, toute la « jurisprudence, de lui donner de l'ensemble et de l'unité, et d'offrir sur « toutes les matières du Droit, un *corps de doctrine et de principes méthodi-« quement disposé.*

« Ce qu'aucun de ses prédécesseurs n'avait osé, Domat l'entreprit. »

Cet hommage rendu à l'auteur des *Lois civiles*, me semble avoir d'autant plus de poids, que c'est dans l'éloge même de l'auteur du *Traité des obligations*, que je le trouve.

Assigner à chacun de nos grands jurisconsultes sa part légitime de gloire, c'est encore pratiquer la maxime : *suum cuique.*

M. Dupin exprimait, dans la même dissertation, son regret qu'une *Histoire de la vie et des ouvrages de Jean Domat*, écrite par Prévôt de la Jannès vers 1742, et dont l'impression avait été alors empêchée par la censure, eût disparu depuis de la bibliothèque d'Orléans où ce manuscrit avait été catalogué en 1777. (*OEuvres de Pothier*, publiées par M. Dupin, t. I, p. 89).

La publication faite en 1845, par M. Cousin, des *Documents inédits sur Domat*, insérés dans le *Journal des Savants* (1849, p. 1 et 76), a fait connaître la source à laquelle, suivant toute apparence, Prévôt de la Jannès avait puisé. Le *Mémoire pour servir à l'histoire de la vie de M. Domat*, renferme en effet

Digitized by Google

ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE.

Rapport sur les travaux de l'Académie et sur le concours de 1853.

MESSIEURS,

Il y a un an, jour par jour à peu près, que nous venions dans cette même enceinte vous annoncer la fondation de l'Académie de Législation et solliciter en sa faveur des adhésions bienveillantes. Vos sympathies éclairées ne pouvaient faire défaut à une institution destinée à faire refleurir les plus glorieuses traditions de notre cité, et votre approbation prouva aux membres du nouveau corps savant qu'ils avaient bien auguré de vos sentiments pour l'œuvre considérable à laquelle ils se sont dévoués.

Vos suffrages, joints à ceux que notre Compagnie recueillait au dehors, lui ont porté bonheur, car elle a rapidement franchi l'espace qui sépare l'âge de l'enfance de celui de l'adolescence, et triomphé ainsi des crises dangereuses que les établissements, comme les individus, ont toujours à traverser dès leurs commencements. Le compte-rendu des travaux de l'année prouvera, je l'espère, que mes assertions n'ont rien d'exagéré.

Dignement inaugurés par d'affectueuses et éloquentes paroles, qui démontrèrent une fois de plus combien la magistrature et le barreau sont faits pour se donner la main, nos exercices se sont accomplis avec une régularité parfaite et ont produit des communications précieuses qui nous ont permis de publier, il y a déjà quelques mois, une première livraison de notre recueil annuel.

le peu de détails biographiques qui se trouvent épars dans les diverses notices publiées sur Domat jusqu'à ce jour, et parmi lesquelles je citerai les suivantes dont je dois communication à l'obligeance de M. Desbonis, bibliothécaire de la ville de Clermont.

Eloge de Jean Domat : mémoire présenté au concours qui avait été ouvert par l'Académie des sciences et arts de Clermont en 1833, — par M. MANDAT DES LAMIS, juge à Riom, 1835.

Eloge de Domat par M. MONTEL, avocat à Riom, 1836.

Essai historique et critique sur Domat par M. JOUVET-DESMARAND, avocat à Riom, 1837.

Digitized by Google

M. Ducos a donné lecture d'un Mémoire sur le *partage d'ascendants*, où il examine plus particulièrement la question de savoir s'il y a lieu au rapport fictif des biens compris dans un partage fait par acte entre vifs, pour fixer la quotité disponible sur l'ensemble des biens ayant appartenu au père de famille, question notable, comme toutes celles qui se rattachent à la quotité disponible des biens, engageant par cela même les plus chers intérêts de la famille et de l'économie sociale et politique.

Nous devons à M. Mazoyer une dissertation sur les graves difficultés qu'a fait surgir l'ordonnance royale du 3 juillet 1816 sur les *Dépôts et Consignations*, dans ses points de contact avec un grand nombre de textes du code de procédure civile.

M. Caze a voulu que nos études ne restassent pas étrangères au mouvement de réforme qui s'est fait, il y a peu de jours, dans le sein du corps législatif, sur l'institution du jury, et il a payé son tribut académique par un Mémoire, produit de la combinaison des théories du jurisconsulte avec la longue expérience du magistrat, président de cours d'assises.

Animé d'un sentiment analogue, M. Delpech a lu un travail sur les *enfants nés hors mariage*, où, à côté de l'exposition des doctrines du droit civil sur les modes de reconnaissance de ces enfants, leur condition et leurs droits, leur légitimation, il a exposé des vues nombreuses sur l'amélioration du sort des enfants trouvés, matière toujours si digne de la sollicitude du législateur et des méditations du publiciste.

Se plaçant plus exclusivement dans le domaine du droit civil, M. G. Demante a rappelé l'attention de ses confrères sur un des textes du code Napoléon qui sont devenus, pour me servir des expressions familières de Cujas, à l'endroit des lois les plus difficiles, la *croix* des interprètes, c'est-à-dire sur l'explication de l'art. 845 C. N., étudié à un point de vue à peu près nouveau, celui de la répudiation du légataire sans clause de préciput.

Une lacune existait dans l'histoire de notre législation intermédiaire concernant les *assignats* traités principalement au point de vue du droit civil. La première lecture de notre nouveau confrère, M. Batbie, a prouvé à l'Académie que cette lacune serait bientôt comblée.

Ce n'est pas seulement dans la science proprement dite que de regrettables omissions ont été signalées : on en rencontre encore plus d'une fois dans la législation elle-même, sur les

Digitized by Google

points les plus importants ; témoin celles que l'on a depuis longtemps indiquées sur le caractère du droit des propriétaires riverains à l'usage des eaux courantes, autres que celles qui sont déclarées dépendances du domaine public. M. Sacaze a entretenu l'Académie de ce problème dont l'intérêt s'est accru de nos jours, en raison des progrès toujours ascendants de l'agriculture et de l'industrie.

A cette lecture sur une théorie de droit public et civil a succédé une communication de M. Bressolles, sur le Traité des lois de saint Thomas d'Aquin, sujet d'un ordre supérieur pour tous les jurisconsultes ; car il ramène directement aux sources sacrées où Domat a si utilement puisé, et qui avait de plus pour nous le mérite d'une opportunité saisissante, à cause de la restauration récente et solennelle du culte que Toulouse a voué à la mémoire de l'angélique docteur dont l'insigne basilique de Saint-Saturnin possède les restes vénérés.

La séance, dans laquelle le lecteur a reporté l'Académie au milieu du travail scientifique du moyen âge, a été d'ailleurs marquée par une circonstance dont nous aimerons à conserver l'honorable souvenir, la présence de M. Demante père, professeur de code Napoléon à la faculté de droit de Paris, membre correspondant, et de M. Migneret, préfet de la Haute-Garonne.

Plus récemment, M. Dufour a fixé l'attention de l'Académie sur les théories de l'*aveu*, théories souvent délicates et où des solutions différentes ne se trouvent séparées entre elles que par de légères nuances.

Enfin l'Académie m'a permis de lui soumettre une introduction au Bréviaire d'Alarik II, dernier roi des Wisigoths à Toulouse, dans ses rapports avec la civilisation de la Gaule du Midi.

Tels sont les divers sujets de lecture qui ont occupé nos réunions périodiques, où ils ont provoqué habituellement des observations nombreuses dont notre recueil reproduit scrupuleusement l'analyse. Elles sont destinées à exercer un contrôle réciproque, aussi bienveillant dans ses formes qu'il est utile au fond ; car on peut dire des Académies qu'elles constituent un enseignement mutuel du degré le plus élevé.

Cet aperçu d'ensemble prouvera que les travaux de l'Académie n'ont rien d'exclusif ; qu'ils sont dirigés en même temps vers l'étude de l'histoire et de la philosophie du droit, vers la restitution du passé, vers les réformes dont la législation peut

Digitized by Google

être susceptible, et qu'ils portent non-seulement sur les difficultés les plus ardues de cette législation, mais encore sur les notions de l'économie politique, et qu'ainsi, par leur diversité, ils tendent à ne laisser sans investigation aucune des parties de la science. Cette variété, condition toujours essentielle de l'harmonie, est un des grands avantages des corps savants, puisqu'ils embrassent un horizon que des études individuelles ne sauraient jamais atteindre.

Sans doute les travaux académiques proprement dits doivent occuper une large place dans nos exercices et en être la partie vive et, pour ainsi dire, fondamentale. Mais gardons-nous bien pourtant de ne pas réserver aussi un rang convenable à l'examen critique de ces problèmes que soulèvent tous les jours le jeu ou le croisement si fécond des intérêts humains, le mouvement indéfinissable de la vie civile, et qui divisent les cours de justice, les interprètes officiels de l'enseignement et les prudents du barreau. Si une telle exclusion se comprend dans le programme des corps savants qui cultivent d'autres sciences parallèlement à celle du droit, il n'en saurait être ainsi dans le programme d'une société consacrée uniquement aux études juridiques. Il y a d'ailleurs une manière d'envisager les questions qui les fait sortir des régions inférieures de la pratique pour les transporter dans une sphère plus élevée, la sphère spéculative où elles subissent un travail de révision qui en fait jaillir des aperçus propres à rectifier les erreurs préconçues, à imprimer à l'esprit public une direction nouvelle.

Il n'est pas de si mince question en apparence que les procédés, je pourrais presque dire *l'industrie* de la méthode, ne puissent transformer et agrandir, et qui n'engage indépendamment des intérêts matériels, de graves intérêts sociaux. — Le corps du droit civil est ainsi organisé et coordonné dans ses rapports avec sa destination, que ses parties constituant entre elles un tout harmonique, la lésion de l'une d'elles réagit plus d'une fois sur l'ensemble, à l'imitation de ces machines savamment et symétriquement agencées, où la dislocation du plus petit rouage produit souvent une grande perturbation.

J'ai toujours été frappé de cette observation, que l'orateur romain avait précisément choisi celui de ses plaidoyers où il ne s'agissait que d'un *interdit*, c'est-à-dire son *Oratio pro Cæcina*, pour y exposer avec toute la supériorité de ses aperçus et la ri-

Digitized by Google

chesse admirable de son langage, la somme des bienfaits que les citoyens retirent d'un respect scrupuleux pour toutes les règles du droit civil [1].

L'analyse que je viens de fournir des lectures faites à l'Académie doit être complétée par le tableau des rapports qui ont été présentés sur des ouvrages adressés par divers jurisconsultes. Je signalerai notamment les rapports de M. Rodière, sur les travaux de M. le comte Portalis et de M. Colmet d'Aage ; de M. Cassagne, sur ceux de M. Dupin aîné ; de M. Molinier, sur ceux de M. le président Bérenger, et de MM. Callemaro, Buvina et Haüs ; de M. Timbal, sur le *Formulaire de procédure civile et commerciale* de M. Chauveau ; de M. Delpech, sur le *Traité de l'appel pour cause d'abus,* par M. Batbie ; de M. Bressolles, sur les publications de MM. Bertauld et Warnkœnig ; de M. Dufour, sur les œuvres de M. Anschütz ; de M. Serville, sur la collection des ouvrages de M. Ch. Giraud ; de M. Capmas, sur le tome IV de l'*Histoire du Droit français,* par M. Laferrière ; de M. Fort, sur les *Coutumes de Perpignan*, publiées en latin et en roman d'après les manuscrits, par la Société archéologique de Montpellier, avec une introduction de M. Massot-Reynier, procureur général près la cour impériale de Toulouse ; de M. Batbie, sur le *Cours analytique du code Napoléon*, par M. Demante père, professeur à la faculté de Droit de Paris ; de M. Mazoyer, sur les *Recueils analytiques de jurisprudence* de MM. Devilleneuve et Gilbert ; de M. Vaïsse, sur le *Traité des faillites et des banqueroutes* et sur le *Traité du dol et de la fraude, en matière civile et commerciale,* de M. Bédarride, avocat à la cour impériale d'Aix, et sur un savant commentaire inédit d'un chapitre du code d'instruction criminelle, par M. Latailhède, juge d'instruction au tribunal civil de Castel-Sarrasin, membre correspondant, que nous sommes heureux de voir siéger aujourd'hui dans nos rangs ; de M. Chauveau, sur le *Traité de l'arbitrage*, par M. Armand Dalloz, et les titres scientifiques de M. Duvergier ; de M. Ducos, sur les productions de don Pedro Lopez Claros, professeur du cours de notariat, à Madrid ; de M. Demante, sur un *Recueil de droit administratif*, publié par M. Blanchet, avocat, sous-préfet à Saint-Girons, sur les travaux de M. Pellat, doyen de la faculté de droit de Paris, et sur des communications d'autant plus précieuses pour nous,

[1] § XXV et XXVI.

Digitized by Google

que nous en avons les prémices, présentées par M. Fonds-Lamothe, de Limoux, membre correspondant, qui a bien voulu concourir aussi par sa présence, à cette solennité académique; enfin, celui que M. Caze a bien voulu faire sur notre essai portant pour titre : *Etudes sur les classiques latins appliquées au droit civil romain;* première série : LES SATIRIQUES.

Les diverses communications qui ont fait le sujet des rapports dont je viens de parler, ont permis à l'Académie d'agrandir considérablement les cadres de son personnel, d'élever le chiffre des membres correspondants de 28 à 46, et celui des membres honoraires de 2 à 6. Ont été nommés en cette dernière qualité : MM. de Savigny, jurisconsulte à Berlin; Portalis, membre de l'Institut, premier président honoraire de la cour de cassation; Dupin aîné, aussi membre de l'Institut, ancien procureur-général près la même cour, et Duvergier, avocat à la cour impériale de Paris, continuateur des œuvres de Toullier.

Vous apprécierez sans doute, comme nous, la force morale que puise notre compagnie dans la conquête qu'elle a faite de ces nouveaux membres ou dignitaires, occupant des positions sociales diverses sans doute, mais toutes des plus honorables, réunissant comme en un faisceau les hautes renommées de la magistrature, du barreau et de l'enseignement, nous communiquant ainsi le reflet et l'autorité de noms depuis si longtemps consacrés par l'opinion publique.

Il se rattache d'ailleurs à plusieurs de ces élections des souvenirs particuliers, inhérents au passé de notre pays et qui doivent être, par cela même, pour nous, d'un prix infini. Ainsi, pourrai-je, par exemple, mentionner la nomination, en qualité de membres correspondants, de deux savants avocats collégiés, professeurs à la faculté de droit de l'université de Turin, MM. Callemaro et Buvina, sans dire que Cujas, après son second professorat à Bourges, enseigna dans cette célèbre université, sous les auspices de Marguerite de France, devenue l'épouse d'Emmanuel-Philibert, duc de Savoie [1], et que nous avons rétabli d'une manière aussi heureuse que possible le lien fait pour unir, au point de vue scientifique, deux cités qui ont été d'ailleurs si longtemps régies par les mêmes lois? — L'hommage que l'Académie a rendu

[1] De 1566 à 1567. Vid. M. Berryat-Saint-Prix, *Histoire de Cujas*, pag. 391 et suiv.

Digitized by Google

aux travaux de M. le président Bérenger (de la Drôme), l'une des gloires du Dauphiné, ne nous rappelle-t-il pas naturellement qu'au XVIe siècle, un de nos avocats les plus habiles, Jacques de Ferrières, avait professé par ses écrits une estime toute particulière pour les œuvres de Guypape, conseiller au parlement de la même province, et auquel Cujas fut aussi plus tard associé ?

M'a-t-il été possible de prononcer le nom de M. le comte Portalis, sans réveiller aussitôt le souvenir d'une des premières illustrations de notre Midi, plus spécialement de cette Provence, elle aussi si poétique et dont l'histoire est liée à celle du Languedoc par tant de côtés ; et ne serez-vous pas d'accord avec nous sur ce point qu'en conférant le titre de membre honoraire au personnage révéré qui, dans le long et glorieux exercice de la première des magistratures suprêmes, a consacré avec une si haute sagesse l'esprit des règles que nos codes tiennent de son illustre père, l'Académie a acquitté une dette sacrée, dette de tous les jurisconsultes en général et de ceux des pays de droit écrit en particulier ?

Quand j'ai désigné M. Ch. Giraud que la Provence n'a pas non plus oublié, chacun de vous n'a-t-il pas aimé à se ressouvenir qu'à notre faculté de droit avait été réservée, il y a bientôt vingt-cinq ans, la mission de l'armer chevalier à la suite d'un brillant tournoi, de recevoir ses premiers serments et de le consacrer à ce sacerdoce de l'enseignement dont il est actuellement investi dans la première des facultés de l'empire.

Enfin, le nom du prince des juristes de l'Allemagne, c'est-à-dire de M. de Savigny, a-t-il pu sortir de ma bouche sans que, et *la destinée du droit romain au moyen âge*, et la part d'influence que Toulouse a eue dans cette destinée, se soient immédiatement trouvées en présence dans la pensée de tous !

Honorons, messieurs, d'une manière toute spéciale le culte des souvenirs. — Source intarissable des jouissances les plus vraies, il est en même temps l'aliment perpétuel d'une émulation louable. Procédant de ce respect si profondément religieux que l'antiquité professa, pour la vieillesse des peuples comme pour celle des individus, il féconde l'esprit en même temps qu'il le discipline, et fait monter jusqu'à la hauteur de la plus noble des passions, nos affections innées pour la patrie. — Il convient sans doute admirablement à la nature de l'homme, considéré isolément, qui, convaincu à la fois et attristé de sa faiblesse, aime à

Digitized by Google

se sauver, pour ainsi dire, de lui-même, à élargir, par des fictions consolantes, les bornes étroites que le présent établit autour de lui, en se dédommageant aussi des impénétrables mystères que l'avenir lui oppose ; mais le culte dont je parle rentre, ce me semble, dans les obligations principales des associations formées par les forces vives de l'intelligence et du cœur, mises en commun pour mieux glorifier toutes les pensées généreuses et toutes les idées morales.

Puisque je viens de mentionner l'Allemagne, je dois acquitter un tribut particulier en remerciant publiquement soit M. de Savigny lui-même, de qui nous avons reçu des témoignages réitérés de l'approbation la plus éclatante, soit MM. Mittermaïer, professeur à l'université d'Heidelberg, et Anschütz, professeur à l'université de Bonn, du concours si persévérant et si utile qu'ils ont bien voulu nous accorder. Grâce à leur bienveillance et à leurs comptes-rendus de nos travaux dans les journaux scientifiques d'outre-Rhin, notre institution s'est propagée au loin dans ces doctes contrées et a rencontré partout de vives sympathies dont nous recueillons de jour en jour des fruits précieux.

Je ne vous ai parlé jusqu'ici que de nouveaux membres correspondants ou honoraires ; je dois, pour être complet, vous faire part d'une innovation à nos statuts organiques contenant la création de quatre places d'associés libres, qui ne pourront être accordées qu'à des jurisconsultes résidant à Toulouse et à qui leurs fonctions ne permettraient pas de remplir, avec exactitude, les obligations imposées aux associés ordinaires.

Cette innovation une fois admise, l'Académie n'avait pas à hésiter pour appeler à un des fauteuils qu'elle venait de créer, un jurisconsulte qui leur avait donné de nombreux et d'honorables témoignages d'estime sympathique, et lui offrait d'ailleurs, comme homme de science, des garanties surabondantes.

A peine arrivé à Toulouse, M. Migneret, docteur en droit, préfet de la Haute-Garonne, s'inspirant non moins de ses goûts naturels que du sentiment de sa mission, a exprimé à notre Société, avec la plus grande courtoisie, l'intérêt spécial qu'il portait à ses travaux ; il le lui a doublement prouvé en lui adressant une de ses savantes publications *sur l'administration municipale des Romains*, et en assistant, comme je l'ai déjà dit, à une de ses séances.

L'Académie avait donc contracté des engagements qu'elle de-

Digitized by Google

vait songer à remplir le plus tôt et le mieux possible. Aussi elle s'est empressée d'appeler dans son sein M. Migneret en qualité d'associé libre, et la faveur avec laquelle il a accueilli sa nomination ne nous laisse plus qu'un vœu à exprimer, celui que les devoirs nombreux de notre éminent confrère lui permettent de concourir quelquefois à nos exercices. Nous savons d'avance tout ce que nous promettent ses communications.

Nos obligations envers le premier administrateur du département ne sont pas les seules que nous ayons souscrites, car nous devons aussi beaucoup à M. le ministre de l'instruction publique, à M. le maire et au conseil municipal de notre cité. En effet, d'un côté M. le ministre a élevé le chiffre de la subvention qui nous avait été accordée l'année dernière, et le conseil de l'hôtel-de ville nous a octroyé des lettres de bourgeoisie, en nous faisant participer aux dotations libérales dont il gratifie les autres corps savants, nos aînés. Que M. Fortoul, que M. le maire de Toulouse et les membres de son conseil municipal agréent donc encore une fois l'expression de notre reconnaissance ! Favoriser les sciences et les corps destinés à les vivifier, c'est honorer à la fois le pouvoir dont on est investi, et bien mériter de la dignité d'un pays qui, au milieu de ses transformations politiques, a tenu et tiendra toujours à honneur de marcher dans les premiers rangs parmi les nations éclairées. Cicéron disait dans un de ses traités les plus éloquents, le traité *De republicâ*, et par une de ses plus belles définitions, que les cités n'étaient autre chose que la société ou la communion du droit : *Quid est enim civitas, nisi juris societas ?* [1]

Donc, encourager les études juridiques, ce n'est pas seulement aider le progrès général de la civilisation, c'est entretenir l'élément indispensable à la vie morale des peuples, élément sans lequel les peuples auraient aussitôt cessé d'exister ; c'est encore protéger le mouvement intellectuel destiné à épurer les lois et à les rendre dignes de plus en plus de cette définition d'Aristote que Vico [2] appelait divine, d'après laquelle les lois ne doivent être qu'une *volonté libre de toute passion.*

Si un débiteur ordinaire aime peu à dresser la liste de ses engagements qui ne peut que lui suggérer de tristes réflexions, il

[1] I, 32.
[2] *Philosophie de l'histoire.*

Digitized by Google

doit en être tout autrement des sociétés scientifiques dont les obligations correspondent toujours ou à un patronage honorable, ou à des actes de munificence. A ce titre, nous aimons à proclamer combien nous sommes obligés à l'égard de l'Académie des sciences morales et politiques, qui a mis à la disposition de l'Académie de législation, avec une grâce infinie, un exemplaire de ses Mémoires. Nous avons apprécié, comme elle le méritait, cette grande faveur dont l'Institut n'est pas prodigue, et nous avons dû considérer comme le couronnement de tous les suffrages que nous avons obtenus, celui qui nous a été donné par les représentants les plus illustres de la science dans notre pays.

Il ne me reste plus, pour remplir ma tâche, qu'à vous entretenir du résultat du concours de cette année. L'Académie avait choisi pour sujet de ce concours la formule suivante :

« De la prohibition d'aliéner résultant soit des dispositions de « la loi, soit des dernières volontés, soit des conventions ; — « de ses effets juridiques et de son influence au point de vue de « l'ordre public et de l'intérêt privé. »

Le prix devait consister en une médaille d'or de la valeur de 300 francs.

On aperçoit au premier aspect toute la richesse de ce sujet, qui tenant par ses racines au droit romain, se développait dans toutes ses lignes sur le terrain de l'ancien droit, en conservant, quoique beaucoup plus circonscrit, une grande portée sous le régime du droit moderne.

Pour le traiter dignement, il fallait, entre autres conditions, un esprit éminemment doué du sens philosophique ; habitué à suivre les évolutions législatives et à rechercher leurs causes ; apte à saisir les vrais rapports existants entre le droit public ; ayant de plus l'intelligence des sacrifices réciproques qu'ils se doivent l'un à l'autre ; résolu enfin à être sobre dans les détails pour se déployer dans les proportions constitutives du fond, ou de la substance même des problèmes à agiter.

Ces qualités ne se sont pas toutes rencontrées dans l'esprit des concurrents qui sont entrés en lice.

Quatre mémoires ont été produits, portant tous le cachet de méthodes différentes, d'études inégales et se produisant avec des chances encore plus inégales de succès.

Celui qui porte pour devise : *Si possem, etiam referam*, révèle sans doute des connaissances positives en législation. Il a été ré-

Digitized by Google

digé avec soin et d'après un classement assez exact ; mais il se résume tout entier en une notice analytique, indiquant les questions principales de la matière et offrant la nomenclature des auteurs ou des arrêts qui les ont résolues. — Ce travail, malgré les recherches dont il a fait preuve, ne pouvait, par tout ce qu'il laisse à désirer au point de vue de l'initiative et des formes académiques, obtenir une distinction.

Le mémoire portant pour épigraphe : « *In dubio, pro libertate respondendum,* » n'est pas non plus dépourvu de mérite. Il fait preuve, comme le précédent, de connaissances assez variées ; mais l'auteur a eu le tort grave de considérer comme une des parties principales de son sujet, des choses qui lui étaient visiblement étrangères.

Il était en effet assez sensible que la formule proposée par l'Académie n'embrassait que les biens ou les droits qui, étant par leur nature dans le commerce, se trouvaient frappés d'inaliénabilité par l'une des trois causes indiquées et laissaient ainsi en dehors tout ce qui est inaliénable par essence ou par nature. Cependant l'auteur consacre la première moitié de sa composition à traiter de l'inaliénabilité de l'état civil, de la liberté qu'il subdivise en liberté arbitraire, naturelle et morale, de l'inaliénabilité de l'autorité publique et domestique. Ce n'est que dans la seconde moitié de son travail qu'il aborde enfin son sujet, pour le traiter d'une manière fort inégale ; car la plupart de ses pages consacrées au régime dotal laissent une place à peine perceptible aux autres divisions de la matière. C'est vous dire que cette œuvre ainsi conçue et où les notions historiques font généralement défaut, ne pouvait pas avoir plus de succès que la première.

L'attention de l'Académie s'est plus longtemps fixée sur un troisième Mémoire (où on lit pour épigraphe un fragment du traité de Senèque, *De beneficiis*), bien que ce Mémoire se présentât avec un assez grand désavantage ; car, par une méprise difficile à expliquer, l'auteur a tronqué le sujet formulé par l'Académie, en omettant les prohibitions d'aliéner résultant des dispositions de la loi. Mais cette lacune, quelque grave qu'elle fût, semblait rachetée, dans une certaine mesure, par le mérite qui recommande quelques-unes des parties du sujet traité ; on y remarque, en effet, le fruit d'études réfléchies, de la sagacité, des divisions qui se sont inspirées d'une bonne méthode et en quelques endroits des rapprochements assez heureux. Toute-

Digitized by Google

fois, ces parties elles-mêmes, lorsqu'on les soumet à un examen sérieux, sont encore loin d'être exemptes de défauts. On leur a reproché particulièrement des points obscurs ou confus, l'insuffisance des notions historiques, un style manquant plus d'une fois d'exactitude, et l'Académie a regretté, en définitive, de ne pouvoir accorder un encouragement officiel à l'auteur de cette œuvre estimable par plus d'un côté, et sur laquelle elle s'est longtemps arrêtée.

Plus heureux que ses rivaux, le Mémoire portant pour épigraphe la formule de Papinien :

« *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest,* » a triomphé des diverses épreuves auxquelles il a été soumis. Incontestablement supérieur pour la forme comme pour le fond aux trois autres mémoires dont je viens de parler, il a un véritable mérite absolu. Ce travail, qui n'a pas moins de 274 pages, se produit en effet dans les conditions habituelles d'une composition académique. Il est semé d'aperçus historiques et philosophiques ; on y retrouve visiblement marqués et le mouvement de la législation et de la science, et l'autorité des causes morales qui, plus ou moins latentes, planent toujours sur le droit, et les combinaisons d'une méthode appropriée à la nature du sujet.

Il se divise en deux parties bien distinctes : la première est consacrée tout entière aux notions historiques et philosophiques ; la seconde aux notions juridiques.

Si la partie philosophique nous montre successivement la prohibition d'aliéner comme étant contraire au droit naturel, aux attributs du droit normal de propriété, en opposition avec les premières lois de l'économie politique, aux vrais intérêts de l'agriculture et de l'industrie, au développement du crédit public et privé qui demande que la plus grande somme possible de valeurs mobilières et immobilières soit constamment maintenue dans le commerce, la partie historique fait passer sous nos yeux les restrictions apportées successivement à la faculté d'aliéner par des raisons tantôt religieuses, tantôt politiques, tantôt purement aristocratiques dans la législation des Hébreux, des Grecs et des Romains, et surtout dans notre ancienne jurisprudence.

Le tableau de cette jurisprudence se subdivise lui-même en plusieurs parties correspondantes aux entraves principales apportées à la faculté d'aliéner par le droit féodal qui a marqué de

Digitized by Google

sa rude et forte empreinte et les personnes et les choses, par les établissements dits de main morte et par le système des substitutions fidéicommissaires qui a enlacé dans les mailles serrées de son immense réseau la plus grande partie de la propriété foncière.

Cet exposé historique se termine par l'indication du contraste existant entre l'ancien droit et le droit actuel ; car celui-ci, édifié sur les ruines de la féodalité, des établissements de main morte et des substitutions fidéicommissaires, restreintes désormais dans les plus étroites limites, a rendu au commerce des biens la plus grande liberté d'action.

Dans la seconde partie consacrée au droit positif, l'auteur examine successivement les prohibitions d'aliéner dans l'ordre où elles sont formulées par le programme. On le voit analyser d'abord les incapacités des mineurs et des interdits, incapacités à l'égard desquelles il tient compte des diverses espèces de biens. — Passant de là au régime dotal, il en indique les origines et les caractères principaux, pour examiner ensuite les problèmes les plus notables qui partagent la jurisprudence et la doctrine.

Arrivé aux prohibitions d'aliéner résultant des dispositions de dernière volonté, il établit comment cette prohibition doit être considérée tantôt comme non écrite, tantôt comme constituant une substitution fidéicommissaire prohibée ; et après une longue exploration, aboutissant aux dernières limites de son sujet, il envisage sous des aspects différents la prohibition d'aliéner résultant des conventions, selon qu'elle traduit un intérêt réel de la part des parties contractantes ou qu'elle n'offre point ce caractère. Voilà pour le plan.

Quant à l'exécution, sans entrer ici dans des détails qui ne seraient pas à leur place, je dirai que de remarquables qualités s'y font distinguer à côté d'assez nombreux défauts. Dans la partie historique, par exemple, il y a des longueurs saillantes, et l'auteur a interrogé avec trop de complaisance la législation des Grecs et des Hébreux, où il a voulu moissonner à pleine faulx, quand il n'avait que quelques épis à y glaner.

Dans son itinéraire à travers les origines si complexes de notre droit national, l'auteur qui a négligé pourtant de mentionner certaines restrictions apportées au droit d'aliéner par quelques coutumes des Gaulois et des Francs et par le retrait lignager si

Digitized by Google

profondément enraciné dans le Nord, a encore, par une sorte de compensation qui ne saurait être justifiée ici par aucun texte, recueilli trop de détails sur le servage de la glèbe, servant de transition entre la servitude personnelle et l'affranchissement, — sur l'ébranlement imprimé par les croisades à la propriété territoriale, — sur les transformations diverses qui se sont réalisées dans le caractère des fiefs, — sur le jeu de fief et les limitations que le droit coutumier y apporta dans l'intérêt des seigneurs suzerains.

Plus généralement on peut lui reprocher de n'avoir pas assez resserré ou réduit sa composition, en la dégageant de détails exhubérants qui en ont embarrassé la marche, c'est-à-dire de n'avoir pas été suffisamment synthétique et de s'être ainsi trop laissé entraîner par le flot mal réglé de ses idées. Le fond de ses idées elles-mêmes n'est pas toujours à l'abri de toute objection. Ainsi, il y aurait à reprendre, dans son appréciation de l'avénement de la féodalité, sur lequel des récents travaux ont jeté de si vives lumières, et sur le jugement qu'il porte à l'égard de la règle coutumière, affectant les propres au lignage dont ils étaient issus, règle qui, pour être fortement empreinte d'un esprit exclusif et aristocratique, n'en avait pas moins un côté éminemment moral pour toutes les familles.

Mais on ne pouvait, en retour, méconnaître les qualités qui abondent dans cette œuvre ; le mouvement et la vie répandus dans son ensemble, des aperçus qui révèlent un *esprit* déjà exercé, des idées généreuses, une science puisée aux sources classiques, des points de vue sur l'action bienfaisante du christianisme, et le rôle immense joué par l'Eglise dans l'histoire de la civilisation européenne, qui, s'ils n'ont pas le mérite de la nouveauté, sont reproduits sous les couleurs qui leur conviennent ; plus d'une fois des dissertations remarquables par la précision comme par une habile interprétation de textes, notamment celle que l'on rencontre sur la prohibition d'aliéner dans le droit romain, sur la prohibition d'aliéner entre époux d'après le code Napoléon, et en dernière analyse sur les effets du régime dotal, au sujet duquel nous lui savons bon gré d'avoir su se tenir en garde contre des préventions qui semblent être devenues de mode ; d'avoir cru, par exemple, que Justinien, en protégeant définivement la femme contre sa propre faiblesse et l'influence du mari, n'a point démérité de la famille ; d'avoir pensé

Digitized by Google

que de nos jours les doctrines tutélaires qui disputent encore à la fièvre des spéculations la pierre du foyer, débris unique de la Vesta des anciens, ce symbole religieux de la perpétuité de la nation par la perpétuité des races, ne sont ni trop anti-philosophiques, ni trop anti-sociales.

L'Académie devait incontestablement une récompense à un travail de cette valeur, et sans le juger digne du prix de l'année, elle lui a décerné une médaille d'or de la valeur de 200 francs. L'auteur de ce Mémoire est M. Justin Bauby, de la Tour-de-France (département des Pyrénées-Orientales), avocat stagiaire à la cour impériale de Montpellier.

M. Bauby, j'aime à le rappeler ici, est un des lauréats les plus distingués de la faculté de droit de Toulouse. En 1851, au concours ouvert entre les élèves de troisième année, il a obtenu les premiers prix de droit romain et de droit français. En 1852, au concours ouvert entre les aspirants au doctorat, il a remporté la médaille d'or, pour son mémoire sur les fidéicommis.

La distinction que l'Académie de législation lui accorde aujourd'hui, est une brillante confirmation de ses succès universitaires. Les triomphes successifs de ce jeune légiste, digne d'être proposé comme un modèle à ceux qui fréquentent nos écoles, ont naturellement remémoré pour nous les paroles que prononçait, à la rentrée solennelle de notre université, le lendemain de la fête de Saint-Luc de l'an 1678, d'Hautesserre, devenu le chef de l'école spiritualiste du XVIIe siècle, et le doyen de la faculté de droit civil et canonique de Toulouse, dont il était l'ornement. Il s'écriait en présence de ses nombreux et fervents disciples, auxquels il rompait tous les jours le pain de la science : « *Tolosa! tot jurisperitorum parens, altrix et alumna, tot ferè* « *parit et educat judices, quot auditores. E scholarum subselliis* « *quotidiè surgunt præstantissimi judices, nec respuit senatus* « *quos scholæ judicium probavit et honesto pulvere fœdavit* [1]. »

M. Bauby, qui obéit à sa vocation pour les fortes études juridiques, couvert aujourd'hui plus que jamais de cette *poussière honorable* dont parlait d'Hautesserre, verra, nous l'espérons du moins, comme autrefois les auditeurs d'élite de cet illustre maître, s'ouvrir devant lui les rangs de la magistrature ; car nous ne saurions penser que nos compagnies judiciaires modernes

[1] Œuvres complètes de d'Hautesserre, t. V, p. 251 (édition de Naples).

Digitized by Google

accueillent avec moins d'empressement que l'ancienne magistrature parlementaire, les hommes éprouvés dans les travaux de l'intelligence. Vos suffrages ratifieront, je n'en saurais douter, le vœu que je ne pouvais m'empêcher d'exprimer ici ; car c'est à la fois un honneur et un devoir pour les sociétés savantes de provoquer une bienveillante justice en faveur du talent modeste qui, engagé dans une carrière difficile, court quelquefois le risque de rester isolé et sans appui.

Par ce compte-rendu des résultats du concours, j'ai parcouru la série des divers objets dont je devais vous entretenir au nom de l'Académie, qui vient d'accomplir à peine la seconde année de son existence. Je n'ai plus, en terminant, qu'une chose à dire, c'est qu'en présence des progrès qu'elle a réalisés, progrès tellement rapides qu'elle semble, elle aussi, avoir marché sur des lignes ferrées, cette compagnie redoublera d'efforts pour répondre de mieux en mieux aux suffrages si honorables dont elle a fait de toutes parts une si riche moisson. Elle croit fermement que son œuvre grandira et se développera de jour en jour. Pourquoi cela, messieurs ? Parce qu'un mouvement visible, tendant à imprimer autant que possible aux diverses législations du monde civilisé cette unité majestueuse que les plus grands esprits ont toujours rêvée, les jurisconsultes de tous les pays aspirent à s'unir dans un but commun ; parce que la culture du droit est en pleine harmonie avec les instincts de la cité dans laquelle l'Académie a planté son drapeau, et d'une manière plus générale avec les instincts du peuple français.

Les Romains, bien qu'on les ait justement décorés du titre de peuple législateur, avaient pourtant, par un mouvement peut-être contraire à celui de leurs temps héroïques, mais bien dessiné, vu briller l'âge de leur littérature classique avant d'avoir vu luire le même âge pour la science du droit. Cicéron, Horace et Virgile avaient devancé d'un grand nombre d'années Gaius, Ulpien, Paul, Papinien et tant d'autres.

En France, au contraire, le développement du Droit paraît avoir toujours précédé celui des lettres. Ainsi, au moyen âge, la littérature ne nous offre pas, ce me semble, des noms qui puissent être comparés à ce qu'étaient pour le droit, les Philippe de Beaumanoir, les Pierre de Fontaines, l'auteur des établissements de Saint-Louis. Le conseiller Bouteiller, l'avocat général Desmares, le jurisconsulte Jean Faber, né dans une pro-

Digitized by Google

vince limitrophe de la nôtre, c'est-à-dire dans la province de Bordeaux, le professeur Pierre de Belleperche, l'une des plus anciennes célébrités de l'université de Toulouse[1], sont antérieurs à Philippe de Comines et à Valentine de Milan; et plus tard Cujas et Dumoulin ont fleuri avant Corneille et Racine.

Aussi notre histoire nationale est-elle, après la fusion des races, pleine des services rendus à la cause de la civilisation par les légistes, se constituant, ici, les auxiliaires de la royauté, l'image la plus parfaite, à leurs yeux, de la souveraineté de droit, dans sa lutte héroïque contre la féodalité : là, — favorisant le travail de la formation des communes du Nord et de la reconstitution des vieilles curies du Midi; — plus loin, posant de justes limites à toutes les prétentions exagérées venant de l'étranger; — répandant partout, par une action vive, pénétrante et continue, l'amour de la justice qu'ils disaient avec raison émaner directement de Dieu; — l'administrant bientôt eux-mêmes sur les hauts siéges, où, juges de robe longue, ils prennent la place des juges de robe courte; — proclamant, en face de la tyrannie et des usurpations féodales, que *le seigneur qui prend des droits injustes de son vilain, les prend au péril de son âme*; — Enseignant aussi que *bataille n'est pas voie de droit*; — poursuivant à outrance toutes les coutumes arbitraires ou contraires à la morale; — poussant sans cesse à l'affranchissement de l'homme et de la terre; — ne se repliant quelquefois sur eux-mêmes devant des obstacles invincibles, que pour reprendre le lendemain leur œuvre avec une ardeur nouvelle; — agrandissant l'existence de la bourgeoisie, s'ils ne l'ont pas créée, et fondant enfin dans les entrailles mêmes de la nation, cette passion de l'égalité aux yeux de la loi qui est restée comme le caractère dominant de notre époque.

Oui, en vérité, la mission laborieuse de ces hommes que nous reconnaissons, je dois dire que nous proclamons ici pour nos aïeux, n'a pas été sans grandeur, soit qu'on la considère s'accomplissant, au milieu des désordres du XIIIe siècle, des grandes guerres nationales du XIVe ou du XVe, ou dans le feu des guerres civiles ou de la religion du XVIe, dans les temps plus paisibles du XVIIe, et enfin pendant la plus grande partie du siècle suivant. — Ils ont subi sans doute les alternatives nombreuses de la for-

[1] M. de Savigny. *Hist. du droit au moyen âge*, ch. XLVIII, I.

Digitized by Google

tune des parlements; mais pleins de foi dans leur œuvre, toujours restés fidèles à leurs instincts judicieux parce qu'ils étaient patriotiques, ils se sont portés avec un rare discernement du côté où le contre-poids était le plus nécessaire [1].

Si les uns ont concouru à fonder, les autres ont aidé à sauvegarder; si ceux-ci ont découvert des sources inconnues jusqu'à eux, ceux-là se sont voués à interpréter et à féconder la législation écrite.

A cette dernière catégorie appartient un de nos plus illustres concitoyens, l'une des gloires les plus pures du barreau du parlement de Toulouse : c'est FURGOLE.

L'Académie, jalouse d'honorer son nom, propose son *éloge* pour sujet du concours de 1854, c'est-à-dire, l'indication de l'influence de ses œuvres scientifiques et de leur utilité pour l'intelligence du droit moderne.

O vous donc, amis de la science des lois, qui avez foi avec nous dans l'enseignement de l'école historique et qui aimez, par des études sévères, à rapprocher le présent du passé, empressez-vous de répondre à l'appel de l'Académie ! Faites revivre fidèlement pour nous le caractère de diverses compositions de ce grave et consciencieux jurisconsulte qui, par ses travaux sur l'ordonnance des donations, des substitutions et surtout sur l'ordonnance des testaments, a touché à toutes les branches importantes du droit civil, comme, par son traité des *Curés primitifs*, il a touché aux matières bénéficiales et au droit canonique, comme enfin par son livre si substantiel sur le *Franc alleu*, il a remué les questions les plus importantes du passé de nos contrées méridionales, en défendant une de leurs plus antiques prérogatives, la liberté naturelle des héritages.

Montrez-nous surtout comment cet homme, à la vie simple et modeste, en accumulant lentement, sans bruit, sans ambition personnelle, les trésors d'une érudition rare, même à cette époque, est parvenu à exposer, sur les principaux monuments de la législation sortie des mains de d'Aguesseau, de larges principes qui ont contribué à l'élaboration de notre droit moderne, et doivent servir encore à en expliquer l'esprit, et l'Académie recon-

[1] Vid. sur l'influence et l'esprit des légistes français, M. Troplong, *Revue de législation*. I, 401, et M. Aug. Thierry, *Dix ans d'études historiques*, p. 221 et suiv.

Digitized by Google

naissante sera heureuse de vous décerner la palme qu'elle réserve aux travaux utiles et sérieux.

BENECH,

Professeur à l'École de droit de Toulouse.

BIBLIOGRAPHIE.

HISTOIRE DU DROIT CIVIL DE ROME ET DU DROIT FRANÇAIS

De M. LAFERRIÈRE (3 volumes) [1].

On peut remarquer aujourd'hui, dans les travaux sur le Code civil français, une tendance analogue à celle qui depuis une trentaine d'années s'est produite en Allemagne. Une partie des jurisconsultes allemands admet partout dans notre droit l'influence romaine, cherche à expliquer et à compléter uniquement, par les lois romaines, toutes les dispositions de nos lois territoriales et de nos coutumes, au point que la place accordée aux études du droit allemand est excessivement restreinte; d'autres écrivains s'attachent à diminuer la valeur des lois romaines, à faire partout prévaloir la permanence des idées nationales, et à présenter des propositions arbitrairement formulées comme des règles obligatoires du droit allemand. De même, les opinions des auteurs, en France, sont fort partagées, malgré la position plus heureuse de la France, qui trouve dans le Code civil cette unité désirée de législation dont l'Allemagne sera probablement privée encore pour longtemps. La divergence d'opinions des auteurs français est donc très-remarquable dans les travaux sur l'histoire du droit comme dans les ouvrages qui ont pour objet l'interprétation du Code civil. Certains auteurs français aiment à expliquer les dispositions du Code civil par le droit romain; ils font entrer l'idée romaine dans toutes les questions controversées, et ils interprètent la disposition française, comme si les rédacteurs du

[1] Extrait des annales de littérature de Heidelberg, 1850, n° 8. — Article de M. Mittermaier, traduit par M. Bergson.

Digitized by Google

Code civil avaient eu le droit romain seul devant les yeux. D'autres écrivains partent du point de vue juste, que bien des dispositions ne s'expliquent que par les coutumes rédigées dans l'esprit du droit germanique. Cette divergence d'opinions a donné lieu à un grand nombre de controverses. L'interprétation des articles 2279 et 2280 du Code civil en fournit un exemple intéressant. Il s'agit des questions de savoir si celui qui a prêté ses meubles peut les réclamer du tiers possesseur comme chose volée, lorsque le commodataire a été infidèle et a commis un abus de confiance, ou si la demande en revendication est admissible lorsque le propriétaire a été amené par une fraude à prêter sa chose à autrui. Celui qui connaît les coutumes françaises, et sait qu'elles ont leur source dans le droit germanique, n'hésitera pas à résoudre négativement ces questions. On remarque une divergence pareille d'opinions dans les questions qui ont pour objet le droit de gage sur les meubles, en matière de succession, ainsi que dans la maxime : le mort saisit le vif.—On ne peut approuver qu'en Allemagne les jurisconsultes divisés en deux camps opposés, celui des romanistes et celui des germanistes, forment deux partis entièrement distincts. De même, une position exclusive, hostile des jurisconsultes en France, selon qu'ils accordent la préférence au droit romain ou au droit germanique, conduit à une intelligence insuffisante et à l'application incomplète du droit. L'esprit de parti rend facilement exclusif, et par l'exagération de l'opinion défendue, rend aveugle et injuste envers l'opinion des adversaires. L'ignorance seule pourra méconnaître que les lois romaines ont déterminé la formation entière du droit en Europe, qu'elles ont exercé une influence profonde sur le développement même des doctrines qui leur sont étrangères, que leurs principes ont plus ou moins pénétré dans les coutumes françaises comme dans les collections des lois allemandes. Dans bien des matières à la vérité, certains rapports existaient déjà avant la propagation du droit romain, par exemple, en matière de servitudes. Mais il en a fixé le sens juridique et l'application. En matière d'obligations surtout, le droit romain est resté le chef-d'œuvre non surpassé de la finesse d'analyse et la source intarissable des plus riches matériaux où les rédacteurs du Code civil ont puisé. Cependant, en bien des matières, le Code civil contient aussi des dérogations complètes au droit romain. Le droit de famille, fondé sur l'idée fondamentale du

Digitized by Google

Mundium, s'est développé conformément à l'esprit germanique, sous l'influence du droit canon, qui, au moyen-âge, formait un grand lien d'unité juridique. Les anciens auteurs français même qui, avec un certain esprit étroit, croyaient dans les coutumes devoir tout expliquer par le droit romain, furent involontairement guidés par des idées germaniques.

Le jurisconsulte qui a étudié les coutumes, distingue facilement la source germanique dans chaque titre sur le droit de famille du Code civil. Il regrettera parfois seulement que ses rédacteurs n'aient pas développé ses principes avec assez de conséquence, tandis que lorsqu'on se meut toujours dans les liens du droit romain et s'imagine y pouvoir tout expliquer, on arrive aux résultats les plus étranges. Pour l'intelligence complète du Code civil, il faut étudier également les sources romaines et germaniques, saisir partout l'esprit philosophique du XVIIIe siècle et l'empire de certaines idées dont ses rédacteurs ont aussi subi l'influence, et se rendre compte de la grande lutte qui a amené un système de transaction souvent funeste entre les partisans du droit romain et ceux du droit coutumier. L'historien du droit français devra être doué, en outre, de ce sens exquis qui saisit les faits en apparence isolés dans leur liaison avec le développement de tous les rapports moraux, sociaux et politiques, et pénètre le génie du passé. Les travaux anciens de la Thaumassière, Loisel, Bouhier, Laurière méritent encore aujourd'hui de l'estime. La France possède de récentes recherches historiques, que le jurisconsulte de chaque pays consultera avec plaisir. Celles de M. Laboulaye compteront parmi les plus importantes. Les débuts de Klimrath, décédé trop tôt pour la science, couronneraient la carrière d'un autre écrivain. On doit des résultats d'un haut intérêt aux efforts de M. Giraud. Les ouvrages étendus de Pardessus, Guerard, Beugnot, Marnier, ont répandu des lumières sur les questions les plus difficiles de l'histoire du droit germanique; la bibliothèque de l'Ecole des Chartes est riche en documents jusqu'à présent inconnus et en éclaircissements sur des points contestés. M. Troplong, dans ses traités les plus récents, a fait un usage du droit coutumier pour l'interprétation de certaines dispositions du Code civil, qui pourra servir de modèle; les anciens articles de M. Kœnigswaerter et le récent aperçu historique des actions possessoires de M. de Parieu, publié dans la Revue du droit français et étranger, contiennent des recherches excel-

Digitized by Google

lentes. Le travail de M. Cauvet sur le droit de famille, d'après les coutumes normandes, celui de M. Courson, sur l'origine des institutions féodales chez les Bretons, publiés dans la revue de législation, sont riches en développements ingénieux et profonds. M. Dupin a fourni de nombreuses observations historiques dans une exposition pleine de sagacité ; Championnière, dans son traité sur les eaux, a fourni des documents très-curieux à l'histoire des régales, et les institutions des Bretons, par Courson, sont un livre précieux. Il a manqué jusqu'à présent à la France, un historien qui ait fait usage de la grande masse des matériaux augmentée tous les jours et des résultats des recherches les plus récentes, tandis qu'en Allemagne, Warnkoenig, Stein, Renaud et Schaeffner sont aujourd'hui, pour ainsi dire, les précurseurs du futur historien du droit français. Son œuvre sera d'une part nécessairement germanique ; elle devra réfléchir les causes et les effets importants qui ont déterminé la formation séculière du droit dans toute l'Europe, et indiquer ensuite la part fournie par la France comme membre de la confédération européenne dans le développement du droit général. Elle sera d'autre part purement française, et en reprenant la grande transformation de l'Europe et les idées juridiques propres aux peuples germaniques, elle aura pour but de reproduire le développement des institutions françaises au milieu des rapports et des événements moraux et politiques de ce pays. L'historien devra, pour répondre à son but, tenir pour vrai que tous les états de l'Europe, et la France notamment, ont été peuplés par les races les plus diverses, dont chacune distincte des autres par ses qualités, ses mœurs et ses institutions propres, leur est resté fidèlement attachée pendant des siècles, et a developpé ses coutumes d'une manière différente. L'historien du droit français aura donc une double mission à remplir. Il devra, d'un côté, retracer les influences des éléments qui ont préparé un droit commun en Europe, et la fusion des particularités de races dans une certaine communauté de principes et d'institutions, et d'un autre côté, indiquer le caractère spécial du droit national. Le système de généralisation devient funeste ici. Qui osera nier que pendant des siècles le droit gaulois s'est maintenu dans les institutions judiciaires de la vieille Bretagne ; que les idées et les mœurs normandes se retrouvent dans les coutumes de la Normandie, les idées et les mœurs gothiques dans les coutumes du Dauphiné et de la Pro-

Digitized by Google

vence? Nous pouvons aujourd'hui constater avec plaisir que M. Laferrière a satisfait dans la nouvelle édition de l'histoire du droit à un besoin essentiel de la France, et a prouvé qu'il possède toutes les qualités indiquées ci-dessus, dont la réunion seule peut garantir la composition d'une histoire du droit telle que la science doit l'exiger.

M. Laferrière a publié la première édition de son ouvrage en 1836. Déjà alors tous les écrivains sensés qui s'intéressaient à l'histoire du droit, étaient convaincus que l'auteur avait débuté dans la carrière d'une manière très-honorable. Une conception ingénieuse du sujet, un esprit solide, la possession de riches matériaux historiques caractérisaient l'ouvrage. On regrettait seulement que l'auteur n'ait pas assez tenu compte de l'influence du génie germanique sur les institutions judiciaires de la France, et qu'il ait fait trop ressortir dans l'explication du droit Germanique l'action de la féodalité, lorsqu'il fallait admettre dans l'idée juridique des peuples allemands une émanation directe et logique de la conscience populaire. Bientôt après l'apparition de l'ouvrage de M. Laferrière, l'excellent Klimrath, dans son enthousiasme pour le droit germanique qu'il cultivait avec prédilection, en fit une critique dont cette prédilection explique l'aigreur. On considérerait à tort le présent ouvrage comme une deuxième édition de celui de 1836. C'est plutôt un ouvrage entièrement nouveau et *bien réussi* qui atteste des recherches consciencieuses, une noble sévérité apportée à l'examen des critiques, un esprit vraiment scientifique, la fidélité de l'historien et la conception ingénieuse du philosophe appréciant les développements du droit sous le point de vue plus élevé de la marche de la civilisation. Il s'est clairement rendu compte de sa mission, lorsque dans l'introduction, page XLVII, il déclare : que dans la composition de son ouvrage il a eu devant les yeux trois idées principales : de marquer les faits extérieurs, les causes politiques, morales et religieuses qui caractérisent les grandes époques de l'histoire du droit, de faire connaître les monuments des lois, les coutumes, les jurisconsultes influents de chaque période et de déterminer pour chaque époque les résultats acquis à l'histoire, à la théorie du droit; par suite de développer les faits extérieurs et les causes de l'ordre politique et moral, les monuments du droit et de la doctrine, et leurs résultats.

L'auteur a jugé à propos de s'expliquer dans une préface sur

Digitized by Google

les conditions d'une histoire du droit, notamment du droit français. Il comprend le droit dans son développement historique et juridique, comme l'association agissante et progressive de la liberté humaine et de la vie sociale avec la justice et la raison. Il n'existe pas de développement du droit et de l'histoire là où l'homme ne signifie rien comme tel, où son mouvement contenu par la force se détruit par la hauteur mystérieuse de la théocratie. En Grèce d'abord, le droit s'est développé, mais Rome seulement jouissait d'une théorie du droit, d'un véritable développement juridique... L'auteur observe encore (page xv) qu'au premier coup d'œil, une histoire du droit français était inutile, la France ayant depuis la révolution concentré son droit dans un Code qui, mis en harmonie avec les conséquences de la révolution sociale de 1789, jouissait d'une existence propre, et n'avait pas besoin d'être mis en regard du passé. Il démontre l'erreur de cette opinion, et il invoque l'autorité de Portalis qui, après avoir concouru à la rédaction du Code, n'a pas hésité à déclarer qu'il fallait, pour comprendre le droit français, remonter au droit romain. Il établit également que dans une partie de la France le droit celtique a jeté des racines profondes, et que le droit romain doit être étudié spécialement dans son alliance étroite avec l'esprit du christianisme.

Les études embrasseront aussi le droit coutumier à cause de son importance dans les pays dits de coutume. Les efforts de l'historien auront, en conséquence, pour but l'exploration du droit coutumier et du droit établi dans les ordonnances par le législateur poursuivant déjà l'idée d'unité. Il rappelle enfin ces paroles de Tronchet : « Dans le nombre de nos coutumes, il en est aussi qui font honneur à la sagesse de nos pères, qui ont formé le caractère national et qui sont dignes d'un meilleur temps, » et dans un autre endroit : « Nous avons fait une transaction entre le droit écrit et les coutumes toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions ou de les modifier les unes par les autres, sans choquer l'unité du système et sans choquer l'esprit national. »

Cette explication est fort juste et prouve que pour connaître le Code civil, il faut étudier l'histoire du droit germanique. Nous croyons, à la vérité, que les rédacteurs du Code sont loin d'avoir toujours bien apprécié l'esprit originairement germanique du droit coutumier, et que lors de la transaction le droit romain a

Digitized by Google

souvent obtenu la suprématie dans des cas où il eût dû céder à l'idée germanique et à sa déduction rigoureuse, par exemple en matière d'hypothèques. D'un autre côté les rédacteurs du Code se sont laissé souvent guider par les idées du droit coutumier là où l'esprit d'unité et les besoins du progrès eussent dû les faire repousser, par exemple dans la distinction continuelle du Code entre choses meubles et immeubles. Les causes qui, dans le droit germanique, établissaient naguère la haute importance des immeubles, ont disparu dans le cours des temps, et les meubles ont acquis une importance inconnue avant. Il n'était donc pas sage de maintenir partout une distinction entre meubles et immeubles, de reproduire dans le Code la communauté des acquêts et des meubles, d'y introduire la distinction confuse entre dettes mobilières et immobilières.

L'auteur observe très-bien (p. XXXVIII), qu'une histoire du droit ne doit pas seulement être une œuvre d'érudition, mais en même temps une œuvre de science et féconde en résultats, où non seulement la curiosité puisse trouver l'origine et le développement des institutions judiciaires, mais aussi où le jurisconsulte puisse voir les résultats pratiques de ces recherches. Il s'explique sur l'école germanique en France (dont, dit-il, j'admire la vaste érudition, mais dont je ne partage pas toutes les tendances) : il y a dix ans elle menaçait d'envahir le domaine des traditions, d'obscurcir les origines, en séparant la France des traditions, des théories romaines et de l'esprit vital de ses institutions. Il ajoute : qu'emporté par le besoin de la résistance, il a exprimé dans sa première publication sur l'histoire du droit, des propositions trop exclusives. Nous confessons qu'en s'exprimant autrement, l'auteur n'eût pas rendu une justice complète à cette école. S'il croyait, autrefois, que cette école considérait seulement ce qui est germanique comme la suprême sagesse, voulait éterniser les anciens us et coutumes conquis avec grands efforts comme le fruit de l'histoire et devenait injuste envers le droit romain, il avait raison de l'attaquer pour sa partialité et sa tendance à s'opposer à toute innovation, à tout progrès. Mais tel n'est pas l'esprit de cette école qui par cela même qu'elle saisit la vraie signification de l'histoire, ne méconnaît jamais non plus combien le droit romain est profondément enchevetré dans la vie juridique de l'Europe, combien il a pénétré toutes les institutions germaniques, les a anoblies abondamment, et a contribué à la culture scientifique du droit national. L'école histori-

Digitized by Google

que sait, au contraire, que le droit, comme toute idée, subit un développement continuel, et que ce qui était sage, il y a plusieurs siècles, d'après les rapports existants alors, a vieilli avec le changement de ces rapports. Un antagonisme entre les recherches sur le droit romain et celles sur le droit germanique ne doit plus exister aujourd'hui : les deux droits sont les éléments de la formation du droit actuel et doivent se pénétrer mutuellement.

Nous avons sous les yeux trois volumes de l'ouvrage de M. Laferrière. Le premier traite le droit romain, le deuxième le droit gallique et le troisième le droit français proprement dit, c'est-à-dire le droit germanique et le droit mixte de la période mérovingienne et carlovingienne. Dans notre compte-rendu de ces trois volumes nous nous occuperons moins du premier. Il serait en effet difficile, après tous les travaux sur le droit romain qui ont vu le jour en Allemagne, d'offrir à nos lecteurs quelque chose de nouveau.

Un bon nombre de ces travaux, d'ailleurs, a échappé à l'attention de l'auteur. Ce serait cependant commettre une injustice à son égard de traiter le premier volume avec indifférence. L'exposition ingénieuse des institutions romaines et de leurs développements aux diverses périodes, une originalité de vues souvent remarquable, la connaissance parfaite et l'usage judicieux des sources, assurent à ce volume une grande valeur et la supériorité sur plusieurs ouvrages allemands fort savants de ce genre. Nous distinguons encore le tableau de l'état politique et l'explication des causes qui ont influé sur le développement du droit de chaque période. Nous eussions désiré que l'auteur eut pénétré davantage dans l'examen des diverses races dont s'est formée la nationalité romaine. Car cette diversité de races a exercé sur le droit public et les idées juridiques une influence bien plus considérable qu'on ne le suppose généralement. Il eût trouvé là-dessus une foule d'excellentes observations dans le récent ouvrage de Naegele : *Études sur la politique et le droit anciens de Rome et d'Italie*[1]. M. Naegele, par un long séjour à Rome, par l'étude de ses monuments et des auteurs italiens peu connus à l'étranger, a éclairci plusieurs points des plus difficiles de l'antiquité.

Après l'examen de la question des races, l'auteur expose dans

[1] *Studien über altitalisches und römisches Staats und Rechtsleben.* Schaffhouse 1849.

Digitized by Google

le Ier chapitre, avec beaucoup de clarté, la position respective des patriciens et des plébéiens avant les Douze Tables, l'organisation des comices et la législation de Servius Tullius. Il explique la transformation des rapports politiques de la cité par les conquêtes et l'extension du territoire, l'accroissement de l'autorité du Sénat par l'administration des nouvelles provinces, l'agrandissement de l'élément démocratique au préjudice de l'élément patricien par l'admission des comices. Il constate l'unité du droit romain et les fondements de cette unité. Il démontre notamment (p. 39 et suiv.), que le droit civil, comme droit spécial de la cité, s'est développé sous la forme de loi Quiritaire en dehors de la division des deux classes patricienne et plébéïenne.

Les guerres, l'extension territoriale et le progrès des lumières provoquèrent l'affaiblissement successif de l'unité. L'idée fondamentale de cette unité fut remplacée par le dualisme du droit civil et du droit prétorien, et on voit ces deux éléments marcher parallèlement l'un à côté de l'autre jusqu'au moment où, à la fin de la République, le génie de Cicéron vint y ajouter un troisième élément, la philosophie du droit, et donner à la loi son expression la plus élevée.

Le tableau des Douze Tables est plein d'aperçus délicats et ingénieux. Les récentes recherches des auteurs allemands, à la vérité, rendent plusieurs de ces observations fort douteuses. Il nous semble surtout que certains passages des classiques ont donné lieu à des conclusions qui s'appliquent plutôt à une époque bien récente qu'à celle des Douze Tables. L'action du droit coutumier et la multiplicité des rapports créés par l'affluence des étrangers à Rome nous paraissent fort bien expliquées (p. 175).

Dans un tableau également très-remarquable, l'auteur examine la condition des diverses populations de l'état romain, des citoyens, des Latins, des Italiens et des provinciaux, le caractère du droit italique; et il indique avec une clarté lumineuse l'action parallèle du double élément, civil et prétorien, dans chaque institution. C'est surtout dans la matière des successions qu'il faut remarquer cette action parallèle. Dans l'explication du système de la procédure (p. 317), les derniers travaux sur Gaïus lui eussent été d'une grande utilité. Partout on reconnaît l'indépendance et l'originalité des recherches dont il fait preuve : il discute avec esprit et une connaissance supérieure des sources les opinions de tous les auteurs allemands qui lui étaient connus. Le plus beau

Digitized by Google

chapitre du Ier volume est celui sur le caractère et la philosophie du droit selon la doctrine de Cicéron (chap. 7, p. 422). Nous retrouvons, dans ce chapitre, le jurisconsulte ingénieux et profond, entièrement pénétré de l'esprit du droit romain. Et nous regrettons seulement que parfois il semble avoir trop facilement tiré des conclusions de certains passages où l'orateur plaidait devant un tribunal civil et formulait des propositions en faveur de sa cause. Nous distinguons surtout la déduction vigoureuse de l'idée que Cicéron, quoiqu'imitateur et admirateur de Platon, a cependant révélé partout l'esprit romain dans son opposition à l'esprit grec. Nous distinguons encore les idées sur la souveraineté du peuple exprimées par Cicéron. Des appendices du Ier volume traitent des opinions de Niebuhr et d'Ortolan sur le droit de gentilité, du caractère de la loi Cincia et des monnaies romaines.

Dans une histoire du droit français le droit gallique doit occuper une place importante. L'auteur lui a consacré la première partie du IIe volume, en établissant une distinction judicieuse entre les institutions purement galliques et celles qui se sont formé sous l'influence du droit romain, traitées dans la IIe partie (période gallo-romaine.) Ici encore il commence par séparer les diverses races qui composent la nation gallique (Ibériens, Celtes, Phéniciens, Belges, Grecs); il retrace ensuite l'état social et politique des anciennes Gaules (p. 25). Pour retrouver l'ancien état des choses, il lui fallait recourir aux sources avec une grande circonspection : ce sont les commentaires de César, les lois galloises de Moëlmud et de Kywel dda et la *très-ancienne coutume* de Bretagne. Les difficultés les plus sérieuses compliquaient sa tâche : des collections récentes il fallait tirer des conclusions sur l'état de choses primitif. Personne n'ignore combien l'erreur se glisse facilement dans ces recherches; lorsqu'on remonte à l'origine des institutions, on perd souvent de vue les nombreuses influences qui sont venues par la suite en arrêter ou modifier le développement. La France possède aujourd'hui des travaux préparatoires de la plus haute importance pour l'histoire des institutions galloises. Les recherches d'Augustin Thierry sur l'ancienne administration provinciale des Gaules sous la domination romaine donnent la solution de bien des problèmes. [1] L'érudition de M. Courson a enrichi la science

[1] Voir surtout le mémoire imprimé dans les séances et travaux de l'Académie des sciences. 1849, août et septembre, p. 85.

Digitized by Google

de deux ouvrages très-estimables, de l'histoire des origines et des institutions de la Gaule armoricaine et de l'histoire des peuples bretons dans les Gaules et dans les îles Britanniques; M. Chambellan, dans ses études sur l'histoire du droit français, est arrivé aux résultats les plus intéressants, mais entraîné par l'enthousiasme pour les institutions nationales, il a oublié trop souvent l'influence du droit romain.

M. Laferrière poursuit les traces du droit celtique dans le monument le plus antique; ce sont les célèbres lois du roi Dynvall Moëlmud, rédigées, à ce qu'on dit, 400 ans avant Jésus-Christ et rappelées souvent par les lois beaucoup plus récentes de Hoël. Nous sommes convaincu, d'après toutes les recherches faites jusqu'à présent, que ces lois ne furent pas rédigées par le roi Moëlmud, mais qu'elles contiennent une suite d'anciennes coutumes dont la tradition aimait à rattacher l'origine à Moëlmud, comme au roi le plus cher aux souvenirs populaires des Cimbres.

Elles se rattachent, par leur cachet ancien et poétique et leur conformité, aux lois de Hoël le bon qui sont de la plus haute importance pour l'historien. Car il trouve ici incontestablement une collection du droit national et traditionnel, rédigée par des hommes qu'un voyage à Rome avait initiés dans la connaissance des lois romaines. M. Laferrière fait, avec une critique sévère, un usage judicieux de ces anciennes lois. Nous regrettons seulement qu'il n'ait pas consulté un article de M. Zopfl inséré dans notre revue du droit étranger [1], et l'ouvrage de Hintoff, *the rise and the progress of laws* [2]. Le tableau du droit civil des Gaules, tracé d'après les commentaires de César, les lois d'Hoël et l'ancien coutumier de la Bretagne, nous paraît fort beau. Nous remarquons notamment les chapitres où il démontre que la communauté des biens était inconnue chez les Gaulois, celui où il indique l'origine du retrait lignager (p. 100), celui consacré à la matière très-difficile connue sous le nom de *Convenant franch* (p. 112) et au caractère de la caution [plege, pledge] (p. 146).

Dans le troisième livre, qui traite de l'époque gallo-romaine, l'auteur reprend l'examen du droit romain au point où il l'avait laissé à la fin du premier volume. Il distingue les éléments qui depuis le règne d'Auguste ont agi sur le développement du droit;

[1] Vol. XIV, p. 238.
[2] Pages 9-62.

Digitized by Google

il fait voir l'influence de la philosophie stoïque et du Christianisme. Il retrace ensuite l'organisation administrative des Gaules sous Auguste, notamment l'organisation municipale (p. 128, 207-240), l'action puissante du christianisme dans les Gaules (p. 263) et les premiers établissements des Germains dans ces contrées (Francs, Bourguignons, Goths occidentaux). Il fait des recherches sur les monuments du droit romain qui s'y sont conservés, notamment sur les constitutions impériales, le Code Théodosien et les collections nées de nouveaux besoins, tels que le Code d'Alaric (p. 357-390). Le dernier chapitre du IIe volume expose le droit gallo-romain ou les résultats généraux du droit privé dans les Gaules au commencement du sixième siècle. Nous distinguons, dans ce chapitre, un excellent traité sur le Colonat, où l'auteur insiste avec raison sur la différence qui existe entre le Colonat romain et gallo-romain d'une part et le Colonat germanique de l'autre, et combat avec succès l'opinion défendue par M. Troplong (p. 434 et suiv.) Sur cette matière aussi il eût pu consulter avec fruit les plus récents auteurs italiens, de Vesme, Poggi.

Dans le troisième volume, consacré au droit germanique, M. Laferrière est resté fidèle à sa pensée fondamentale que la loi civile vit toujours sous la tutelle du droit public et que son histoire est inséparable de l'étude des institutions sociales et du mouvement général des faits et des idées. Après le récit de la conquête des Francs dans la Gaule romaine, il retrace le caractère des lois germaniques par rapport à la France. Dans le IIIe chapitre il donne un tableau intéressant des nombreux manuscrits du *livre des lois;* il les classe par groupes et il assigne à chaque groupe le territoire où il a exercé son empire : par exemple au Nord-Est (Austrasie) la loi des Ripuaires, la loi des Allemands et celle des Bavarois ; aux régions du Midi le texte complet ou abrégé du Code romain d'Alaric, les sentences de Paul, l'épitome de Gaïus. Cette circonstance indique clairement que d'après le caractère personnel des lois le juge devait connaître celles de tous les peuples qui habitaient ensemble le territoire de sa juridiction. Les lois recueillies dans les manuscrits du *liber legum* variaient d'après les territoires auxquels ils s'appliquaient, et les conclusions de l'auteur à ce sujet nous paraissent bien fondées (p. 67.) Dans l'examen de la loi salique, il rejette l'hypothèse d'une rédaction originale en langue franque antè-

Digitized by Google

rieure aux rédactions latines. Il démontre, en outre, qu'elle fut composée à une époque où les Francs n'étaient pas encore convertis au christianisme, et il lui assigne pour sol natal les rives de l'Escaut et de la Meuse dans la Belgique actuelle (p. 86-89.) Les abondantes recherches des auteurs allemands sur cette question ont échappé à son attention, à l'exception de celles de Wiarda. Nous citons l'opinion originale, à la vérité mal fondée, de Muller[1] et les investigations toutes récentes de Waitz. Les observations sur les rapports qui existent entre la loi ripuaire et la loi salique nous paraissent fort bonnes, mais il fallait profiter aussi du résultat important établi de nos jours, que la loi ripuaire se compose de plusieurs parties rédigées à des époques différentes et réunies seulement plus tard. Pour la loi des Burgondes, nous recommandons le travail très-abondant de Matile à Neufchâtel : *Études sur la loi Gombette*, Turin 1847.

Le critique s'arrête avec plaisir aux recherches sur le droit normand. Après avoir établi la communauté d'origine des Francs et des Normands, l'auteur cite aussi le célèbre code Islandais : les *Gragas* (p. 118). Les sources principales sont les coutumes anglo-normandes et les anciens coutumiers de la Normandie. Dans le cinquième chapitre il retrace l'esprit du droit germanique, d'après Tacite, la loi salique et les autres codes barbares (p. 131-234). Les résultats de cet examen ne sont pas toujours d'accord avec ceux établis par nos auteurs allemands. Cependant il faut reconnaître qu'il fait preuve partout d'une étude approfondie des sources. Ainsi par exemple nous considérons comme insuffisant ce qu'il dit sur le Mundium (p. 153) : il n'a pas assez expliqué les rapports qui existaient entre le *Mundium* et la Saisine, le principe de la représentation, le droit d'usufruit sur les biens du protégé, les différences qui caractérisent le *Mundium* sur les enfants, sur la femme mariée, sur le pupille. Il a bien approfondi la question de savoir si la communauté des biens est entrée dans les lois barbares, et il la résout, avec raison, négativement[2].

Dans l'exposé du droit de succession, l'auteur eût pu profiter des dernières recherches sur l'ordre des parentèles. Un chapitre très-remarquable est celui où il traite des changements apportés

[1] Refutée par Zopfl dans les *Annales de la littérature*, 1841, page 121 et suiv.

[2] Voir aussi Dubois dans la Revue de législation, 1849, vol. III., p. 368.

Digitized by Google

aux lois salique et ripuaire par les édits et capitulaires additionnels (p. 234). Sous le nom de *droit mixte*, il représente ensuite l'état transitoire entre les institutions germaniques et celles féodales, dont les principaux monuments sont les édits et décrets des rois mérovingiens, les vrais et les faux capitulaires de la deuxième race, les formules des divers âges, les célèbres polyptiques des monastères, les canons des conciles, et les vraies et les fausses décrétales. Il retrace d'abord les changements opérés dans l'ordre politique et ecclésiastique du royaume franc, ensuite les changements et résultats dans l'ordre administratif, dans les rapports des fonctionnaires publics et dans le régime municipal. Il admet ici la permanence de beaucoup d'institutions romaines, par exemple de la Curie. Il montre aussi les effets de la conquête dans le système des impôts. Dans le chapitre suivant (VIII) nous distinguons les observations sur l'esprit des capitulaires et sur les anciennes collections des formules (p. 359 362). Il prouve que ces formules se rapportaient surtout aux provinces qui furent connues plus tard sous le nom de pays de droit coutumier. Il démontre la haute importance des anciennes *traditions*, dont la publication augmentée de notes abondantes est due au zèle de savants français tels que Guerard. Il nous semble toutefois avoir laissé ici une lacune dans l'indication des sources. Les us et coutumes des cours nous paraissent avoir, pour l'histoire du droit français, une importance tout aussi grande qu'ils l'ont pour celle du droit allemand, car quoique rédigées à une époque plus récente, ils contiennent la rédaction par écrit d'un ancien droit coutumier [1]. De même les *stabilimenta* ou *inquisitiones* qui avaient le caractère de nos assises (*Weisthümer*) méritaient également de fixer son attention.

Nous remarquons encore les observations de l'auteur sur la condition du servage et le caractère de recommandation dans cette période (p. 385-409). Il examine ensuite les sources du droit ecclésiastique et les fausses décrétales, il démontre que l'opinion qui fait venir cette collection de l'Espagne est erronée, que ce fut l'archevêque de Mayence, Rieulf, qui l'introduisit en France. Il a une idée très élevée des efforts tentés alors qui trou-

[1] M. Giraud a publié dans son essai sur l'histoire du Droit français, appendice note 1, une de ces coutumes fort curieuse; les plus anciennes remontent au IXe siècle.

Digitized by Google

vaient dans l'unité seule de l'Eglise une voie de salut au milieu de la décadence croissante de la société civile. Il fut dans l'esprit du temps et dans le caractère de la lutte engagée alors que les partisans de l'Eglise allaient trop loin dans leurs prétentions, cherchaient à les mettre en système et à leur donner de l'autorité. On pourra consulter, sur cette question, avec beaucoup de fruit le dernier ouvrage de Kosshirt. On y trouvera surtout des notices importantes sur le code de Bamberg. Les derniers chapitres de l'ouvrage indiquent le changement dans le caractère des lois germaniques et le passage de la personnalité des lois à leur réalité. Nous arrivons au droit féodal. Les amis des études historiques de tous les pays attendent avec un vif désir la continuation d'un ouvrage qui prend rang parmi les travaux les plus importants de notre temps.

MITTERMAIER.

M. Mittermaier a très-bien apprécié la valeur scientifique de l'histoire du droit français. Avec sa vaste érudition, il a marqué la place qu'elle devra occuper dans la littérature juridique. Il s'est beaucoup moins occupé de sa valeur artistique et sociale. A peine a-t-il effleuré ce point de vue, lorsque dans le premier volume il s'est arrêté un instant au chapitre sur le caractère et la philosophie du droit selon la doctrine de Cicéron. C'est cependant l'idée fondamentale de l'ouvrage qui l'anime et le vivifie dans toutes ses parties, les relie entre elles et répand sur chacune la clarté et la lumière. Dans un vaste tableau, nous voyons successivement passer sous nos yeux le droit romain, le droit gallique, le droit germanique et tant d'autres institutions qui, comme autant de couches superposées l'une à l'autre, vont constituer l'*unité du droit français.*

En Allemagne aussi, les lois romaines et les lois germaniques se sont rencontré, sans que toutefois leur fusion ait pu s'opérer. Elles sont toujours restées à l'état de contradiction et d'antagonisme : longtemps elles se sont disputé le terrain; les institutions nationales ont succombé enfin sous l'empire de la loi étrangère, et la lutte entre les romanistes et les germanistes, s'est réveillée de nos jours, vivace et ardente. Dans une grande partie du nord, en Angleterre, dans la Scandinavie, dans les pays slaves, le droit

Digitized by Google

national n'a pas été affecté par l'*invasion* du droit romain, tandis qu'en d'autres contrées il a établi sa domination exclusive au détriment des institutions nationales. La France seule, avec son génie merveilleux d'assimilation, a absorbé successivement toutes les influences venues du dehors, et les a fondues dans l'uniformité de son droit national. Cette œuvre si féconde du génie français, M. Laferrière l'a saisie dans ses origines et l'a poursuivie avec une vigueur et une netteté de vue supérieures dans le long et laborieux enfantement de tant de siècles. Il commence par l'époque romaine, la peint dans sa pureté en la dégageant des autres éléments, et pose les principes qui se répandront sur le monde, et le modifieront sous l'influence du stoïcisme et du christianisme. Il place l'époque celtique entre les époques romaine et gallo-romaine, et nous représente, dans l'ordre chronologique, l'ensemble des institutions qui auront à subir plus tard l'action incessante de la civilisation romaine. Il montre que les coutumes galliques vivent et se maintiennent avec d'autant plus de force et de durée, qu'elles trouvent dans la richesse de la jurisprudence romaine des éléments analogues qu'elles peuvent s'approprier, et finissent par s'identifier avec elles. On comprend dès-lors comment le droit romain s'est propagé si rapidement dans les Gaules, comment ses principes s'y sont modifiés, et comment il s'est allié avec l'influence et la propagation du christianisme. Le droit gallo-romain exprime, dans l'histoire du droit, la réunion des deux nationalités, mais elle présente aux peuples germaniques, s'établissant dans les Gaules, l'image de l'unité romaine.

Avec les Germains, la division est entrée dans les provinces gallo-romaines à l'égard du territoire, du droit public et privé. La période gallo-franque est remplie des luttes des races et des institutions qui, venues de côtés opposés, se sont rencontré sur le même sol et se sont établi les unes à côté des autres, au milieu du choc des races et des institutions. L'empire d'Occident paraissait renaître plus fort que l'empire des Césars, sous la main puissante de Charlemagne. Mais, privée du principe d'unité, la monarchie de Charlemagne aboutit à la désorganisation générale et à la confusion. Deux cents ans après la conquête, la société ne pouvait être reconnue à un signe certain pour une société romaine ou gallo-romaine, chrétienne ou germanique. Cependant, au milieu de la confusion générale, on rencontre déjà quelques éléments qui serviront à la réorganisation de la société.

Digitized by Google

Le droit, surtout, s'annonce de loin avec son double principe territorial. Dans les contrées où la race gallo-romaine faisait la base de la population, le droit romain subsistait après la conquête comme droit réel et territorial; dans les contrées où la race germanique avait prédominé, les lois devaient réfléchir surtout leur origine germanique. Et lorsqu'une force secrète entraînait hommes, choses, institutions vers la féodalité absolue, les traditions romaines et galliques, chrétiennes et germaniques, vont se rapprocher et se confondre.

La conquête des Francs et l'empire de Charlemagne qui remplissent l'époque gallo-franque, aboutissent à l'anarchie féodale du xe siècle. Du sein de cette anarchie même va s'élever la monarchie de Saint-Louis, belle et riche efflorescence de la féodalité du moyen-âge, qui marque le premier pas vers la renaissance des lettres et des arts au xve siècle. L'époque féodale forme le sujet du quatrième volume de l'*Histoire du Droit français* : nous en rendrons compte dans un article prochain.

BERGSON.

DU DROIT DE PRÉLÈVEMENT DE LA FEMME

EN MATIÈRE DE FAILLITE.

L'opinion émise par M. Troplong, dans son *Traité du contrat de mariage*, sur le droit de prélèvement de la femme, droit qu'elle peut exercer après renonciation à la communauté, même au préjudice des créanciers de son mari, quoique consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, trouve encore de rudes adversaires. Ils sont d'autant plus ardents à la lutte qu'ils pressentent les inconvénients excessivement graves qu'engendrerait l'adoption définitive de ce système (V. plus haut, p. 436 et suiv., la dissertation de M. Pont). En présence de ce danger, quiconque peut dire quelque chose d'utile doit élever la voix. La matière des faillites, plus que toute autre, fait ressortir l'énormité de ce système; il est bon de l'examiner à ce point de vue.

Digitized by Google

Les avantages accordés à la femme mariée dans l'intérêt des familles ont donné lieu à de nombreux abus. Ces abus n'ont pas échappé à la vigilance de nos législateurs. Treilhard, dans son rapport sur le Code de commerce, flétrit énergiquement les collusions entre mari et femme. *Il est temps*, s'écrie-t-il, *de mettre un terme à ces scandales*. L'article 551 du code de 1808 n'admet l'hypothèque légale de la femme, en cas de faillite de son mari, qu'à la charge par elle de justifier ses apports par actes authentiques, si elle veut l'exercer sur les immeubles achetés par son mari postérieurement à l'époque de la célébration du mariage. Cette disposition est reproduite à l'art. 563 de la loi de 1838, avec cette modification qu'un acte sous-seing privé ayant date certaine suffira pour justifier les apports de la femme.

Le but qu'on se proposait, en promulguant ces deux dispositions, était d'empêcher le failli d'attribuer à sa femme tout ou partie de l'actif mobilier dont il est dépositaire, ce qu'il eût pu faire en convertissant cet actif en immeubles, sur la valeur desquels elle reprendrait le montant d'apports frauduleusement reconnus lors du mariage, dans la prévision de mauvaises affaires.

Ces dispositions manquent complétement leur but si on admet le système consacré par l'arrêt de cassation. La femme, au moyen du droit de prélèvement que cette jurisprudence lui concède, s'emparera de l'actif mobilier de son mari sans que celui-ci prenne la peine de le convertir en immeubles. Il faut donc rayer l'art. 563 du code des faillites.

La loi commerciale met la femme du failli en présence des créanciers de celui-ci. Tout en consacrant le principe général de l'hypothèque légale, elle juge indispensable d'exiger certaines justifications, quant aux apports de la femme, lorsqu'elle voudra exercer un droit de préférence au préjudice de la masse. Les immeubles dont le prix aura été payé au moyen des valeurs *mobilières* confiées au failli resteront, au regard de la femme, le gage commun de tous les créanciers.

Il faut proclamer aujourd'hui que le législateur de 1808 n'a trouvé qu'un remède puéril au mal signalé avec tant de force par l'opinion publique, dont le rapporteur Treilhard s'était fait l'interprète ; qu'après trente ans l'inanité de ce système n'a pas été reconnue, puisque le législateur de 1338 n'a fait que confirmer les modifications déjà admises. On le voit, il ne s'agit pas ici d'une fraude possible, constituant un inconvénient de plus à re-

Digitized by Google

procher à la nouvelle jurisprudence. C'est un principe de la loi commerciale qu'il faut effacer, après que son opportunité a été constatée aussi formellement que les termes en sont clairs et impératifs. Il faut aller jusqu'à dire que les législateurs de 1808 et de 1838 ont abandonné la proie pour l'ombre, puisqu'ils ont voulu déjouer une manœuvre frauduleuse, là où il n'est pas nécessaire de la pratiquer.

M. Troplong, dans son *Traité du contrat de mariage*, examine longuement toutes les circonstances qui affectent les droits de la femme, sauf le cas de la faillite de son mari. Néanmoins au numéro 1030, volume troisième, il constate que lorsque le mari est commerçant et qu'il tombe en faillite, il faut suivre les règles particulières tracées par les articles 557 et suiv. de la loi des faillites. Il est fâcheux que ce savant jurisconsulte n'ait pas jugé à propos d'examiner ces dispositions : il eût été tenu d'expliquer pourquoi le législateur avait introduit ces modifications aux principes généraux en matière d'hypothèque légale. Or, comment concilier ces restrictions avec le droit absolu attribué à la femme sur l'actif mobilier de son mari, même en faillite !

Les partisans du droit de prélèvement peuvent répondre : autre chose est d'accorder à la femme un droit de prélèvement sur l'actif mobilier ; autre chose est de restreindre son hypothèque légale ; c'est-à-dire que la disposition de l'article 563 du Code des faillites, ne peut et ne doit recevoir d'effet qu'en ce qui concerne les immeubles du failli. Cette objection, si elle était faite, ne serait pas sérieuse. La loi, pour prévenir les conséquences d'une fraude qu'elle prévoit, n'a pas dû omettre les cas les plus habituels et s'attacher à ceux qui sont exceptionnels. Qu'on consulte les statistiques en matière de faillite, on verra que les acquisitions d'immeubles par le failli, postérieurement à son mariage, sont excessivement rares, que d'un autre côté ces immeubles sont toujours grevés d'hypothèques au moment de la suspension des payements. L'article 563 n'aurait donc pas d'autre effet que de régler les droits de la femme par rapport à ceux des créanciers hypothécaires. Mais quant au point de savoir si la femme d'un failli pourra s'attribuer tout ou partie de l'actif mobilier, par suite d'un concert frauduleux, sans être tenue d'aucune justification, il n'en a pas été question, pas plus en 1808 qu'en 1838.

On peut se demander ce que signifient ces paroles de Treilhard :

Digitized by Google

« Trop souvent un commerçant a reconnu, en se mariant, une « forte dot qu'il ne touchait pas, soit qu'il voulût faire illusion « par l'annonce d'un actif supposé, soit qu'il préparât de loin un « moyen de soustraire un jour sa fortune à ses créanciers légi- « times. » Et plus loin : « enfin la femme, avec sa dot factice, « absorbait toute la fortune de son mari. » Et ces autres paroles de Renouard, rapporteur de la loi de 1838 : « Le législateur « commercial a considéré que les créanciers du mari étaient « exposés à de graves préjudices si celui-ci était laissé maître « d'acquérir des immeubles *avec leurs deniers* pour créer ou ac- « croître, à leurs dépens, les garanties hypothécaires de sa « femme. » On ne peut non plus s'expliquer ces paroles de Moreau de la Meurthe : « Le législateur n'a pas voulu accorder « d'hypothèque à la femme sur les biens acquis par le mari « postérieurement au mariage, parce qu'il a pensé que le mari « pressentant sa faillite, pourrait acheter des immeubles en vue « de l'hypothèque de la femme pour placer celle-ci dans une « position plus favorable que les autres créanciers. »

Tous ces efforts sont vains. Le mari sur le point de suspendre ses payements épuisera tout ce qu'il aura conservé de crédit pour réunir, à un moment donné, une grande quantité de marchandises; il aura soin de ne pas convertir ces valeurs en immeubles, ce dont il n'a nul besoin, et sa femme s'emparera de cet actif sans faire aucune justification.

En résumé, la femme a deux voies pour exercer ses droits contre son mari. Elle peut agir sur ses valeurs mobilières et commerciales ou sur le prix de ses immeubles. Dans l'une et l'autre hypothèse les conséquences sont les mêmes, soit pour la femme, soit pour les créanciers du mari; cependant elle sera traitée plus rigoureusement, selon qu'elle agira sur les valeurs mobilières ou immobilières. C'est exactement comme si, pour arrêter l'écoulement des eaux d'un canal, on se bornait à fermer l'une des deux portes d'une écluse.

Il est plus rationel de penser que le législateur n'a jamais admis le droit de prélèvement au profit de la femme au préjudice de la masse des créanciers; s'il l'eût fait, il n'eût pas manqué de lui imposer la justification qu'il exige pour l'exercice de son hypothèque légale.

NICOLIN,

Agréé au tribunal de commerce de Dijon.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les recueils dans les cahiers de Février 1853.

Par M. V. MARCADÉ,

Ancien Avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation.

SOMMAIRE.

1. Observation préliminaire sur cet examen doctrinal.
2. *Prescription; interruption; conversion de la prescription quinquennale en prescription trentenaire.* — L'interruption de la prescription d'une dette ne donne lieu à la prescription trentenaire que quand il y a eu novation, et que la dette nouvelle est de nature à ne se prescrire que par trente ans. — Critique d'un arrêt de Paris.
3. *Communauté; reprises de la femme; action réelle.* — L'action en reprises de la femme sur la communauté, à raison de ses propres aliénés pendant cette communauté, est mobilière ou immobilière, suivant la nature des biens sur lesquels elle s'exerce.
4. *Bail; carrière; action personnelle.* — Le bail d'immeubles, même quand il a pour objet l'exploitation des mines ou carrières, ne confère au locataire qu'un droit personnel et mobilier.
5. *Quotité disponible; époux.* — Celui qui, ayant trois enfants ou davantage, a donné à son conjoint la moitié en usufruit de ses biens, peut encore disposer pour un autre du quart en nue-propriété. — Dissertation; réponse aux arrêts contraires de la Cour de cassation.

1. — Les livraisons des recueils d'arrêts, pour ce mois de février 1853, nous offrent, comme presque toujours, au surplus, une abondante moisson de décisions de nature à comporter bien des observations; mais l'une des questions qui s'y trouvent résolues, et qui l'est dans deux sens contraires par cinq arrêts, tant de la Cour de Cassation que des Cours d'appel, présente une si haute importance théorique et pratique; elle est d'un si grand intérêt pour les familles; elle est, depuis trente années, l'objet d'une division si profonde entre la Cour de Cassation, d'une part, et, d'autre part, grand nombre de Cours d'appel et tous les auteurs; elle se reproduit si fréquemment devant les tribunaux, et elle demande enfin, pour être traitée d'une manière complète et vraiment satisfaisante, de si longs développements, que nous devrons lui réserver la plus large part de cet article. Cette question, que plusieurs fois déjà nous avons discutée dans

Digitized by Google

cette Revue, mais sans lui donner tous les développements que nous semblent commander les circonstances qui viennent d'être indiquées, est celle de savoir quels rapports existent entre les articles 913 et 1094 du Code Napoléon, et dans quelles limites l'époux qui veut gratifier son conjoint et quelque autre personne (qui sera le plus souvent un enfant), peut, selon les cas, disposer de ses biens au profit de l'une et au profit de l'autre.

La Cour suprême s'est fixée à cet égard et marche, depuis longues années (depuis trente ans, avons-nous dit), dans une voie que nous avons toujours cru mauvaise et que nous continuons de plus en plus de regarder comme telle ; et nous tenons d'autant plus à discuter avec soin la doctrine par elle suivie sur ce point, que, connaissant bien la haute moralité de cette Cour et son sincère désir de faire toujours triompher la vérité, nous conservons l'espoir de la voir revenir un jour ici sur sa jurisprudence, comme nous l'en avons vu revenir il y a quelques années, après une lutte de près de quarante ans, sur la fameuse question de la révocation des donations entre époux par la séparation de corps.

2. — (Paris, 12 fév. 1853 ; *J. P.*, 1853, t. 1, 153 ; *Devill.*, 33, 2, 143.) — Tout le monde sait que l'interruption de la prescription, à la différence de la suspension, supprime et anéantit la prescription qui était en voie de s'accomplir au moment où survient l'acte interruptif ; en sorte qu'il ne peut y avoir lieu désormais qu'à une prescription nouvelle, qu'il faut recommencer en entier. Ainsi, tandis que le débiteur ou possesseur au profit duquel vingt-huit années de prescription sur trente avaient déjà couru pourrait, si sa prescription n'était que suspendue, arriver à son but en joignant à ces vingt-huit années les deux premières années utiles qui courront après la cessation de la suspension, ce même débiteur ou possesseur, au contraire, si c'est d'une interruption que sa prescription est frappée, ne pourra plus rien compter du temps antérieur et n'aura d'autre ressource que de recommencer une nouvelle prescription, pour laquelle pas une des vingt-huit années précédentes ne pourra lui servir. Dans un cas, c'est une seule et même prescription qui se trouve suspendue et qui se continue quand la suspension cesse ; dans l'autre, au contraire, il y a deux prescriptions, dont la première est anéantie par l'interruption, en sorte qu'il en faut commencer une seconde.

Tout le monde connaît cet effet de l'interruption et tout le

Digitized by Google

monde sait aussi que l'une des causes d'interruption se trouve dans la reconnaissance, formelle ou tacite, peu importe, que le débiteur ou possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrit.

Mais si simples que soient ces principes et si simple que paraisse aussi la conséquence immédiate qui en découle, cette conséquence a cependant donné lieu à une grave erreur qui est assez répandue, qui se rencontre dans plusieurs arrêts et que nous retrouvons ici dans l'arrêt rendu par la Cour de Paris, le 12 février 1853.

La reconnaissance d'une dette par le débiteur en voie de la prescrire étant une cause d'interruption, et l'interruption supprimant la prescription actuelle pour ne laisser place qu'à une prescription nouvelle, il résulte de là que cette prescription nouvelle pourra fort bien être différente de ce qu'était la première. Ainsi, quand je vous devais 1,000 fr., pour lesquels votre titre était un billet à ordre, et que ce billet, dont la prescription s'accomplit par cinq ans, étant sur le point de se prescrire, je consens à reconnaître ma dette par un titre nouveau, par un acte, soit notarié, soit sous seing privé, qui n'a rien de la forme commerciale, il est clair que cette nouvelle dette, puisqu'elle est une obligation ordinaire, ne sera soumise qu'à la prescription ordinaire, et qu'au lieu de pouvoir la prescrire par cinq ans, comme la première, je ne pourrai la prescrire que par trente ans.

Or, comme cette substitution d'une prescription plus longue à une prescription plus courte se présente fort souvent, plusieurs de nos anciens auteurs en sont venus, peu à peu, à généraliser l'idée et à dire, d'une manière absolue, que toute interruption d'une prescription, et notamment toute reconnaissance de dette, ne laisse place qu'à une nouvelle prescription de trente ans. Mais quoi de plus faux que ceci? Supposons que je vous doive 1,000 fr. en vertu d'un acte notarié, et que, pressé par vous de m'acquitter dans la vingt-neuvième année de la prescription, je vous offre, à défaut d'argent, de reconnaître de nouveau ma dette et de vous en donner un nouveau titre en vous signant un billet à ordre : n'est-il pas clair qu'ici l'acte interruptif, bien loin de substituer une prescription trentenaire à une prescription quinquennale, va substituer, au contraire, une prescription quinquennale à une prescription trentenaire?

Eh bien! pourtant, cette fausse idée que *les actes interruptifs*

Digitized by Google

de la prescription ont pour effet de convertir en prescription trentenaire la prescription de moindre durée qui courait précédemment, se retrouve encore aujourd'hui partout. On la voit longuement développée dans un arrêt de Toulouse du 20 mars 1835 (*Dev.*, 35, 2, 418) ; et on lit encore dans l'arrêt de Paris que nous signalons ici, et dans l'espèce duquel il s'agissait du signataire de billets à ordre, qui, dans l'inventaire dressé après décès de sa femme, avait déclaré l'existence de ces billets : « Considérant que par la déclaration faite à l'inventaire, il y a eu reconnaissance de la dette ; et QU'AINSI *il ne pouvait y avoir lieu qu'à la prescription trentenaire!*

Encore une fois, rien n'est plus faux que ce prétendu principe. Sans doute, dans bien des cas, et le plus souvent peut-être, la dette, après l'interruption, ne sera prescriptible que par trente ans; mais c'est parce qu'il y aura désormais dette ordinaire et prescriptible seulement par trente ans : c'est parce que la dette, d'abord commerciale, aura été reconnue par un acte civil et ordinaire; c'est parce que la dette d'intérêts, d'arrérages, de loyers, etc. (prescriptible dès lors par cinq ans) se sera transformée, au moyen d'une demande en justice, d'un arrêté de compte ou autrement, en dette d'un capital; c'est, en un mot, parce qu'il y aura eu *novation* et que la dette nouvelle est prescriptible par trente ans. M. Troplong l'a fort bien expliqué (*Prescr.*, nos 697 698); la Cour de Cassation l'a nettement proclamé aussi [1]; et la raison la plus commune le dit assez clairement. La raison dit qu'il ne suffit pas qu'il y ait eu reconnaissance, qu'il y ait eu interruption, puisque cette interruption peut avoir laissé subsister la même dette, et que la prescription dès lors s'accomplira nécessairement par le même délai. Il faut donc que l'interruption ait opéré novation; mais cela ne suffit pas encore, puisque, quand il y a dette nouvelle, cette dette peut être ou prescriptible encore par le même temps que la précédente, ou même prescriptible par un temps plus court (ce qui se touche du doigt dans le cas déjà signalé plus haut, de la substitution d'un billet à ordre à un titre ordinaire). Il faut donc, en troisième lieu, que la dette nouvelle soit prescriptible par un temps plus court que l'ancienne.

Ainsi, loin qu'on puisse dire, comme le fait ici l'arrêt de Paris et comme l'ont fait plusieurs autres avant lui : *il y a eu recon-*

[1] *V.* ses arrêts des 28 novembre 1831 et 14 mars 1838 (*J. P.*, 1838, t. 1, 562).

Digitized by Google

naissance de la dette ou, plus généralement, *il y a eu interruption de la prescription ;* DONC la nouvelle prescription ne peut être que trentenaire ; il faut, pour que cette conclusion soit logique, constater successivement : 1° qu'il y a eu interruption ; 2° que cette interruption a produit novation de la dette ; 3° enfin que la dette nouvelle n'est prescriptible que par trente ans.

En résumé, tout se réduit à dire ici que, puisque l'interruption anéantit la prescription qui courait et ne laisse place qu'à une autre prescription, celle-ci, puisque c'en est une autre, peut donc être, selon les cas, ou plus longue, ou plus courte, ou de même durée que la première ; et rien n'est plus faux dès lors que d'admettre comme principe que l'interruption de la prescription ne laisse place qu'à une prescription trentenaire.

3. — (CASSAT., 23 FÉVR. 1853 ; *Dall.*, 53, 1, 44.) — Nous avons déjà, dans cette Revue même, après l'avoir fait dans notre *Explication du Code*, réfuté la doctrine par laquelle M. le premier président Troplong s'est efforcé d'établir que l'action en reprises d'une femme sur sa communauté à raison de propres aliénés est toujours mobilière ; et nous avons démontré que, la femme agissant alors, non pas à titre de créancière, mais à titre de copropriétaire des biens communs dont elle vient prélever une portion jusqu'à due concurrence, son action, puisqu'elle est ainsi une action réelle, est donc, de la manière la plus manifeste, mobilière ou immobilière, suivant que le résultat lui donne des meubles ou des immeubles. Nous avons traité cette question, dans notre examen doctrinal de mai 1852, avec tout le développement qu'elle comporte et en répondant péremptoirement à chacune des nombreuses objections de notre éminent adversaire ; et si nous signalons ici l'arrêt de cassation du 23 février 1853, ce n'est pas pour revenir sur cette question, une de celles sur lesquelles le dernier mot nous paraît dit (au moins pour ceux qui s'en tiendront aux arguments de M. Troplong), mais pour constater que la Cour suprême vient de consacrer une fois de plus encore la thèse que nous avons établie.

La Cour de Paris, par arrêt du 29 mai 1850, avait admis la solution soutenue par M. Troplong ; la Cour suprême, fidèle, et avec grande raison, à sa précédente jurisprudence, prononce ici la cassation de cet arrêt de Paris. Nous tenions à signaler ce résultat, heureux pour les principes, et nous renvoyons au surplus à notre dissertation du tome précédent (1852, p. 577-592.

Digitized by Google

4. — (Bourges, 27 févr. 1852; *Dall.*, 53, 2, 31.) — Voici encore un arrêt jugeant, et jugeant exactement, une question sur laquelle M. Troplong est venu soutenir, avec ce haut degré de science et de talent qu'on lui connaît, une doctrine contraire à celle de tous les auteurs, et qui n'est, il faut bien l'avouer, qu'un brillant paradoxe. Du reste, ce n'est que la troisième fois (à notre connaissance, du moins), que la question se présente devant les tribunaux, et toutes les trois fois elle a été jugée contrairement au système du célèbre magistrat[1].

Et comment, en effet, ce système pourrait-il être admis, alors qu'il constitue l'une des hérésies, non-seulement les plus profondes, mais aussi et en même temps les plus saillantes, les plus matériellement saisissables?

Après avoir à plusieurs reprises, et sous divers articles du Code, réfuté cette doctrine, dans les tomes II et VI de notre *Explication théorique et pratique*, nous nous sommes toujours proposé d'écrire sur cette grave difficulté (non pas grave en elle-même assurément, car rien n'est plus simple, au contraire, que la solution juridique de ce point de droit; mais grave à raison de la haute autorité de l'écrivain qui l'a fait naître) un article spécial et d'ensemble, qui synthétisât dans un même cadre les explications qui se trouvent éparses çà et là dans notre livre. C'est qu'en effet, quelque erreur que vous supposiez, si lourde, si évidente, si palpable que vous puissiez l'imaginer, cette erreur, qui n'aurait rien de contagieux et ne ferait qu'exciter quelques haussements d'épaules si c'est par un homme sans nom qu'elle est émise, deviendra dangereuse, au contraire, fort dangereuse même, du moment qu'elle aura pour elle le haut patronage d'un écrivain très-éminent, d'un écrivain comme M. Troplong. Ainsi sont faits les hommes, que partout, à leur insu, l'autorité des noms propres a sur eux plus d'influence que l'autorité de la raison; et une erreur, même grave, présentée par un écrivain comme M. Troplong, aura, pour beaucoup d'esprits, plus de chance d'admission que la doctrine la plus exacte présentée par un auteur peu considérable. Nous avons donc toujours eu le projet de publier, sur cette question de la nature du droit du bailliste, un travail complet, qui répondît à tous

[1] Les deux autres arrêts sont : Rejet, 14 novembre 1832; et Caen, 24 janvier 1848 (Dev., 33, 1, 32; J. P., 1850, 1, 166).

Digitized by Google

les arguments de M. Troplong, et nous avions eu le dessein de placer ce travail ici même, à l'occasion de l'arrêt de la Cour de Bourges; mais la dissertation que nous avons à donner ci-après et à laquelle nous réservons, on le sait, la plus grande partie de notre examen doctrinal, nous force d'ajourner encore. Nous devons donc nous contenter, en attendant une occasion nouvelle, d'une exposition aussi succincte que le comporte la question.

La doctrine que M. Troplong a si remarquablement développée sur cette question de la nature du droit des locataires d'immeubles (*Louage*, art. 1709, nos 5 à 20) peut se réduire à ceci : « Dans l'ancien droit, l'aliénation qu'un bailleur faisait de l'immeuble loué brisait le droit du locataire. Aujourd'hui, au contraire, et d'après l'article 1743, Code Napoléon, le bail (pourvu, bien entendu, qu'il ait date certaine) continue de valoir après et malgré l'aliénation du bailleur; le droit conféré à ce locataire par le bailleur survit à la qualité de propriétaire chez celui-ci, il a son existence indépendante et s'exerce pour sa durée entière contre tout propriétaire de l'immeuble. Or, puisque le nouveau propriétaire de l'immeuble est ainsi tenu de respecter le droit du locataire, *sans avoir contracté envers lui aucune obligation* et par sa seule qualité de propriétaire de la chose, c'est donc que, désormais, le droit du bailliste affecte cette chose, qu'il existe contre cette chose et non contre la personne, qu'il est, en d'autres termes, un droit réel et dès lors immobilier, *jus in re*, et non plus comme autrefois un simple droit mobilier et personnel, une simple créance ayant pour corrélatif une obligation personnelle du bailleur. En deux mots : l'acquéreur d'un immeuble soumis à un bail est tenu de plein droit de respecter ce bail; or on ne peut être tenu que par suite de l'une de ces deux choses, ou d'une obligation personnelle à laquelle on s'est soumis, ou d'un droit réel affectant le bien qu'on acquiert; donc, puisque cet acquéreur n'a rien promis et ne s'est dès lors soumis à aucune obligation, c'est donc qu'il existe ici un droit réel, un *jus in re* au profit du locataire. »

A ceci nous répondons :

1° Que l'obligation que M. Troplong n'a pas vue dans cette position s'y trouve pourtant bien, et que loin de n'avoir pas de cause génératrice possible, comme l'a cru le savant magistrat, on peut au contraire lui en assigner *trois* pour une;

Digitized by Google

2° Que le droit réel qu'on veut trouver ici n'y est pas, *et ne peut pas y être*, par la force même des choses;

3° Que l'obligation qu'on nie s'y trouve si bien et si NÉCESSAIREMENT, que, *quand même on accorderait à M. Troplong l'existence de son droit réel, il serait encore forcé* D'Y AJOUTER CETTE OBLIGATION;

4° Enfin, que l'existence de cette obligation, sa cause génératrice, le motif qui l'a fait admettre, la manière dont elle opère, en un mot tout l'ensemble de cette théorie que M. Troplong a été chercher si loin, était cependant bien près et bien facile à trouver, puisqu'*elle existait dans l'ancien droit lui-même*, et que ce fameux article 1743, qui a été pour le célèbre magistrat une si dure pierre d'achoppement, *n'est cependant pas une règle nouvelle*, mais bien l'application pure et simple à tous les locataires d'immeubles de ce qui existait autrefois pour une classe de ces locataires. — Reprenons ces quatre propositions.

1° Et d'abord, l'obligation que M. Troplong prétend ne pouvoir pas exister ici, faute d'une cause génératrice, en trouve au contraire *trois* pour une. M. Troplong oublie que le contrat formel, la convention explicite n'est pas la seule cause des obligations, et que le Code en admet encore cinq autres : le contrat tacite; le quasi-contrat; le délit; le quasi-délit; la loi (art. 1370). Sans doute l'acquéreur de l'immeuble loué n'a pas, en achetant, *contracté formellement* l'obligation de respecter le bail; mais, à part même le *le quasi-contrat* et *la loi*, qui offriraient surabondamment une cause juridique à son obligation d'entretenir le bail, cette cause se trouve d'ailleurs dans la convention tacite. Quand, sachant bien (car *nemo jus ignorare censetur*) que, de par la loi, l'acquéreur de l'immeuble qui m'est loué sera obligé de respecter mon bail, vous consentez à l'acheter, par là même *vous consentez* implicitement à maintenir ma jouissance.

2° Quant à l'existence d'un droit réel, comment n'avoir pas vu qu'elle est ici radicalement et matériellement impossible, et qu'à chaque pas, dans tous les rapports du bailliste avec l'acquéreur de l'immeuble, on ne rencontre jamais qu'une créance d'un côté et une obligation de l'autre? Tandis que l'usufruitier a le *droit de jouir* (directement et par lui-même) *jus in re utendi-fruendi*, moi, fermier, j'ai le droit de faire exécuter par le propriétaire son *obligation personnelle* de me faire jouir (art. 1709, 1719-30); ce propriétaire est *personnellement obligé* de me livrer le bien

Digitized by Google

en bon état (art. 1720, al. 1); il est *obligé* de faire les frais nécessaires pour l'entretenir en cet état (art. 1719-20, 1720, al. 2); si les bâtiments sont incendiés ou autrement détruits, il est *obligé* de les reconstruire (*ibid*); si des cas fortuits diminuent notablement ma jouissance, il est *obligé* de subir une diminution du loyer (art. 1764, 1769-1773). Partout, droit du preneur contre *la personne* qui est *obligée* de le faire jouir; et quant à un droit direct et immédiat sur la chose, quant à un *jus in re*, jamais, rien qui en présente seulement l'ombre; le microscope le plus puissant n'en découvrirait pas la moindre trace.

3° Et non-seulement le droit réel ne peut pas se trouver là, tandis que l'obligation personnelle s'y montre dans le plus grand jour; mais il y a ceci de bien remarquable et de vraiment curieux que, quand même on accorderait à M. Troplong l'existence du droit réel par lequel il a voulu remplacer ici l'obligation, cette obligation est tellement nécessaire, que le savant magistrat serait encore forcé de revenir la chercher pour l'adjoindre à son droit réel!... Supposons que l'acheteur à réméré d'une ferme concède successivement sur cette ferme un usufruit, des servitudes, des hypothèques et un droit de bail, et admettons un instant, avec M. Troplong que le droit de bail soit un droit réel tout aussi bien que les hypothèques, l'usufruit et les servitudes: l'année suivante, le vendeur exerce le réméré; qu'arrivera-t-il? l'article 1673 répond que l'usufruit, les servitudes et les hypothèques s'évanouiront, parce que, le droit de propriété du concédant étant résolu, tous les droits réels dont la réunion le constituait sont dès lors résolus, *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis;* mais le bail, lui, demeure obligatoire pour le vendeur reprenant le bien, et ce vendeur sera personnellement tenu et d'entretenir la chose en bon état, et de reconstruire les bâtiments qui viendraient à être détruits, etc., etc.! Que devient cette théorie d'un droit réel sans laquelle M. Troplong croyait l'article 1743 inexplicable? Voici qu'elle n'explique plus rien! Le savant magistrat croyait qu'avec l'idée de droit réel tout s'arrangeait : le locataire, nous disait-il, n'a pas une simple action personnelle, il a quelque chose de bien plus énergique, il a le droit réel, et voilà pourquoi l'aliénation du bien ne saurait l'atteindre! Eh bien, soit; c'est un droit réel. Mais l'hypothèque est un droit réel, et, dans notre cas, elle tombe; les servitudes sont des droits réels, et ils tombent; l'usufruit est un droit réel, et il tombe : tous les droits réels tom-

Digitized by Google

bent; et si dès lors le droit du locataire n'avait d'autre protection que cette nature de droit réel, il tomberait aussi ! Mais ce droit, heureusement pour le locataire, est tout autre chose qu'un droit réel, qu'un des éléments du *dominium*, et au lieu de tomber avec le *dominium* du concédant, comme il le faudrait bien s'il n'en était ainsi qu'un élément, il subsiste parce qu'il repose sur l'obligation tacitement prise par le propriétaire.

4° Nous disons enfin que cette idée d'une *convention tacite* était bien simple à trouver et à comprendre, puisqu'elle existait déjà dans l'ancien droit. M. Troplong lui-même, en effet, nous apprend (*Louage*, t. II, n° 480), qu'autrefois, dans les ventes d'immeubles appartenant au fisc, *la clause d'entretenir le bail était toujours sous-entendue* et que la loi supposait UNE CONVENTION TACITE *de ne pas expulser le fermier*. Eh bien, ce qui avait alors lieu pour certains immeubles a lieu maintenant pour tous, et cette théorie d'une *convention tacite* n'est certes pas devenue plus difficile à comprendre parce qu'on en a généralisé l'application.

5. — (REJ., 11 JANV. 1853; REJ., 12 JANV., 1853; AIX, 23 MAI 1851; GRENOBLE, 11 FÉVR. 1852; TOULOUSE, 24 JUIN 1852; J. P. 53, t. I, p. 129-145; *Dev.* 53, 1, 65.) — Nous arrivons enfin à notre dernière et principale question, celle de savoir *si l'époux qui, laissant trois enfants ou davantage, a d'abord donné à son conjoint la moitié en usufruit de ses biens, peut encore donner à un autre que ce conjoint le quart de nue-propriété*, d'après les articles 913 et 1094. Quatre arrêts, dont deux de la Cour suprême, décident ici cette question négativement, et le cinquième, celui de Toulouse, la résout par l'affirmative.

Les deux nouveaux arrêts de la Cour de cassation (aff. *Chanaleilles* et aff. *Charentais*) ne sont que la confirmation d'une jurisprudence dans laquelle elle n'a jamais varié depuis vingt-neuf ans et demi; car c'est le 7 janvier 1824, par l'arrêt *Ratard*, qu'elle a eu pour la première fois à juger cette question si fréquemment reproduite depuis lors. Quant à deux arrêts antérieurs que l'on cite souvent comme conformes, l'arrêt *Hocquart*, du 21 juillet 1813, et l'arrêt *Jacomet*, du 2 février 1819, ils sont étrangers à la question : car ils statuaient sur des libéralités faites à un second conjoint en présence d'enfants d'un premier lit, ce qui rentre dans l'application, non plus de l'article 1094, de l'interprétation duquel il s'agit ici, mais bien de l'article 1098, réglant seul ce cas d'enfants d'un précédent mariage. Mais sur la question qui nous oc-

Digitized by Google

cupe ici, de la combinaison des deux articles 913 et 1094, c'est en 1824, nous le répétons, que la Cour suprême, ayant à la juger pour la première fois, a décidé que l'époux qui a d'abord donné à son conjoint une moitié en usufruit ne peut plus, s'il laisse trois enfants, rien donner à un autre, sans s'être jamais depuis lors écartée de ce système.

Cependant, et malgré ce qu'a d'imposant cette constante jurisprudence de près de trente années, les cours et tribunaux ne s'y montrent pas tous soumis ; plusieurs résistent encore aujourd'hui même, et résistent avec une énergie bien remarquable. Ainsi, non-seulement la Cour de Paris, qui est précisément celle dont émanait l'arrêt conforme à l'occasion duquel la Cour de cassation a inauguré sa jurisprudence par l'arrêt de rejet de 1824, jugeait ici le contraire, dans notre affaire *Chanaleilles*, par son arrêt du 8 janvier 1848 (*Journ. Pal.*, t. I, 1848, p. 398), non-seulement la Cour d'Agen, également, après avoir suivi la doctrine de la Cour suprême dans un arrêt du 30 août 1831, la répudiait naguère dans un arrêt du 30 juillet 1851 (t. II 1852, p. 340) ; mais on est d'ailleurs frappé de la singulière fermeté, quelquefois même de l'extrême sévérité, avec laquelle se produit cette opposition. Récemment encore on lisait dans les motifs d'un jugement du tribunal de Lectoure : « Attendu que la jurisprudence de la « Cour de cassation (sur cette question du concours des deux « quotités disponibles) se fonde sur trois propositions qui ne « peuvent soutenir un examen sérieux ;... » et, à la suite d'une longue critique de ces trois propositions, et de l'exposition de la doctrine contraire : « Attendu que cette manière d'entendre la « loi est claire et précise, qu'elle s'applique à toutes les hypo- « thèses, et qu'elle maintient tous les droits dans une balance « exacte ; que le système, au contraire, que la jurisprudence de « la Cour de cassation tend à faire prévaloir s'appuie sur des « bases fausses et erronées de tous points ; que, dans l'application, « il contrarie la loi et la volonté des donateurs ; qu'il blesse la « raison et la morale ; qu'il engendre une foule de procès, de « fraudes et de mauvaises contestations ; — Attendu, dès lors, « que la question du concours des deux quotités disponibles ne « saurait être élevée à la hauteur d'une question de droit ardue « et difficile, et ne peut être considérée que comme une question « de bon sens qui recevra tôt ou tard sa juste solution ; que c'est « donc un devoir, pour tous les juges profondément convaincus,

Digitized by Google

« de résister courageusement à cette jurisprudence désas-
« treuse... » (*Journ. Pal.*, t. II, 1852, p. 341-342.)

S'il est pénible de voir qualifier si durement une doctrine professée avec tant de persistance par le premier corps judiciaire de la France, il est beau aussi de voir un simple tribunal de province faire preuve de tant de conscience et d'indépendance, alors que certaines cours d'appel se montrent tellement peu soucieuses de leur droit d'examen (qui est aussi pourtant un devoir, et un grand devoir), que, du moment qu'une affaire leur est renvoyée, après cassation, tout le monde sait d'avance quelle sera la solution du débat ; incapables qu'elles sont de faire à la Cour suprême l'inconvenance de penser jamais autrement qu'elle. Sans doute la Cour de cassation a droit au respect et aux égards de tous ; mais elle a droit aussi à la vérité, et c'est remplir un devoir vis-à-vis d'elle-même que de la lui dire. Si donc on peut trouver le jugement de Lectoure bien dur dans sa forme, il n'en est pas moins digne de tous éloges comme acte de conviction et de libre examen... C'est, au surplus, du côté de ces tribunaux opposants, et contre la Cour de cassation, que ce sont rangés la plupart des jurisconsultes qui ont examiné la question dans ces dernières années.

Or, qui a tort ou raison, dans ce conflit qui intéresse un si grand nombre de familles ? La question est plus compliquée qu'on ne le pense de part et d'autre ; et si nous n'hésitons pas à dire que la Cour de cassation se trompe certainement sur la solution, c'est en ajoutant que ses adversaires ne se trompent pas moins qu'elle, en sens inverse, dans la critique qu'ils en font ; que de part et d'autre la question a été mal posée, mal précisée, et mal à propos rattachée à une autre question dont on lui fait partager le sort, tandis que ces deux questions doivent se résoudre en sens contraire l'une et l'autre ; que, dès lors, si le point particulier qui nous occupe ici se trouve inexactement résolu par la Cour suprême, ce fâcheux résultat est autant et peut-être plus imputable à ses adversaires qu'à elle-même, puisqu'ils n'ont jamais combattu sa solution inexacte qu'en niant le principe même dont à tort on la faisait découler, principe éminemment vrai pourtant, et qu'il fallait avant tout respecter. De part et d'autre, en effet, on a considéré notre question spéciale, d'un époux qui a d'abord donné moité d'usufruit à son conjoint, et qui veut ensuite donner le quart de nue-propriété à un autre, comme n'étant qu'une dépendance de cette question plus générale : *Un*

Digitized by Google

époux peut-il, en faisant sa première donation à son conjoint et la seconde à un autre, disposer de la même quotité que s'il donnait d'abord à l'étranger pour donner au conjoint en second lieu! En d'autres termes : *La date respective de deux donations est-elle à considérer dans cette question du concours des deux quotités disponibles?* Et, pendant que la Cour de cassation se décidait par l'ordre des dates, absolument et pour tous les cas, sans remarquer que son idée, vraie en principe, se trouve fausse dans le cas particulier qui nous occupe, ses adversaires ont prétendu que cet ordre des dates était insignifiant, absolument aussi, sans remarquer que leur doctrine, vraie pour notre cas particulier, était fausse comme principe général, et s'appuyait sur des motifs inadmissibles.

Ainsi, et en deux mots, la Cour de cassation, d'une part, est parfaitement dans le vrai, quant au principe qu'elle pose et que l'on critique à tort ; mais ce principe est inapplicable ici et la solution est erronée. D'autre part, les adversaires de la Cour de cassation sont, à la vérité, dans le vrai, quant à la solution ; mais ils arrivent à cette solution par une fausse voie et en prétendant erroné un principe qui est au contraire fort exact. — Nous allons essayer de démontrer ces deux propositions. — Mais avant de le faire et de pénétrer pour cela davantage au cœur de la question, nous croyons nécessaire de présenter ici, en résumé, un tableau complet de l'état de la jurisprudence et de la doctrine sur ce point.

La première question qu'on a dû se poser quant au rapport de l'article 1094 avec les articles 913-915, ç'a été celle de savoir si l'article 1094 venait établir un second disponible destiné à s'ajouter à celui des articles 913-915, à se *cumuler* avec lui, de telle sorte que le disposant qui laisserait, par exemple, trois enfants, aurait pu donner un quart de pleine propriété à l'un de ces enfants ou à un étranger en vertu de l'article 913, puis donner à son conjoint un autre quart en pleine propriété et une moitié en usufruit en vertu de l'article 1094, ce qui enlèverait à la succession la totalité de l'usufruit et moitié de la nue-propriété. — Ce système du cumul, vers lequel penchait Grenier dans sa première édition, mais qu'il a bientôt abandonné, a été admis par un arrêt de la Cour d'Agen du 27 août 1810 (aff. *Boucaut*) ; mais l'erreur de cette théorie, qui n'eût été rien moins que la ruine du droit de réserve, a facilement été comprise, et, depuis plus

Digitized by Google

de quarante ans, il a été parfaitement reconnu par tout le monde que ce *cumul*, c'est-à-dire cette réunion ou addition des deux disponibles, était impossible ; que le disponible ordinaire des articles 913-915 et le disponible extraordinaire et supplémentaire de l'article 1094, se confondaient jusqu'à concurrence de la quotité du plus faible, que le plus fort des deux ne pouvait jamais être excédé par la réunion des libéralités ; et qu'ainsi l'époux qui laissait trois enfants n'avait pu disposer que d'un seul quart de nue-propriété, plus moitié d'usufruit, le quart de nue-propriété que l'article 1094 permet de donner au conjoint étant le même quart que l'article 913 permet de donner à tous autres, et non point un second quart qu'il serait loisible, dans l'intérêt de ce conjoint, d'ajouter au premier. — Ainsi, jamais de *cumul* des deux quotités disponibles, c'est là, depuis plus de quarante ans, un point bien entendu, sur lequel il n'y a jamais eu débat devant les tribunaux ; et c'est fort inexactement dès lors que les recueils d'arrêts, en rapportant les nombreuses décisions rendues sur la question toute différente dont nous allons parler plus loin, se servent si fréquemment du mot CUMUL, qui ferait croire, bien à tort, que les tribunaux ont fréquemment jugé la question de savoir si le second disponible pouvait s'ajouter intégralement au premier, tandis qu'il a toujours été constant qu'on ne peut ajouter à l'un que la portion dont l'autre le dépasse, de façon, encore une fois, que les diverses libéralités réunies n'excèdent jamais dans leur ensemble le disponible le plus fort. Nous insistons sur ce point, parce que nous avons vu souvent la rédaction inexacte des sommaires d'arrêts faire naître, à cet égard, de très-fausses idées dans l'esprit du lecteur, et nous répétons que la question du CUMUL *des deux quotités*, c'est-à-dire de la réunion et addition de l'une à l'autre, bien loin d'avoir été très-controversée et fréquemment jugée, tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, par de nombreux arrêts, n'est pas revenue une seule fois devant les tribunaux depuis l'arrêt isolé et erroné d'Agen, du 27 août 1810.

Le disposant ne peut donc jamais excéder le chiffre du disponible le plus élevé. Mais pourra-t-il même toujours l'atteindre, sans distinction de circonstances, dans quelque ordre et en quelque nature de biens que les libéralités soient faites, pourvu seulement que l'étranger, d'une part, et le conjoint, de l'autre (et sous ce nom d'*étranger* on comprend ici toute personne autre

Digitized by Google

que le conjoint, et par conséquent l'enfant même du disposant), n'aient pas reçu au delà de ce qu'on peut leur donner? En d'autres termes, du moment que la libéralité faite à l'époux ne dépasse pas les limites de l'article 1094, que celle qui est faite à l'étranger ne dépasse pas les limites des articles 913-915, et qu'enfin la réunion des deux ne dépasse pas le chiffre de la quotité disponible la plus forte, ces libéralités échapperont-elles toujours et nécessairement à la réduction?... Ce n'est pas douteux quand le disponible le plus fort est le disponible ordinaire, celui des articles 913-915. — Mais si c'est la quotité spéciale à l'époux, celle de l'article 1094, qui est la plus forte, en sera-t-il de même?... Il n'est pas encore douteux que, si le disposant a d'abord donné à l'étranger la quotité ordinaire, il peut ensuite donner au conjoint la différence en plus permise pour celui-ci par l'article 1094. — Mais en sera-t-il encore ainsi 1° quand les deux libéralités seront faites simultanément, soit par une même donation, soit par un même testament; 2° et surtout quand, les deux libéralités ayant une date différente, c'est celle du conjoint qui est la première? C'est sur ces deux points que s'est élevée une controverse que l'on peut regarder comme éteinte pour toujours sur le premier, mais qui est encore aussi vive que jamais sur le second; et c'est sur ces deux points que nous devons donner ici le résumé jurisprudentiel et doctrinal dont nous avons parlé.

La dispute, disons-nous, paraît aujourd'hui éteinte sur le premier point, c'est-à-dire pour le cas de deux libéralités faites, l'une au conjoint et l'autre à l'étranger, *simultanément;* on semble admettre aujourd'hui, partout et sans difficulté, comme nous l'avons fait constamment dans les diverses éditions de notre *Explication du Code*, que du moment que les deux libéralités réunies n'excèdent pas le disponible le plus fort, que celle de l'étranger n'excède pas le disponible de l'article 913, et que celle du conjoint n'excède pas celui de l'article 1094, les deux libéralités, quoique faites simultanément, sont aussi valables l'une et l'autre que si celle de l'étranger était antérieure en date à celle du conjoint. — Il est vrai que cette règle a été contredite par M. Duranton (t. IX, n° 786), par M. Benech (*Quotité dispon.*, p. 260 et suiv.), et par un arrêt d'Aix du 18 avril 1836 (J. P. I, 1837, p. 354); mais elle ne paraît pas cependant pouvoir être sérieusement contestée à l'avenir, admise qu'elle est par la généralité des auteurs et par tous les autres arrêts qui ont statué sur la question.

Digitized by Google

V. Agen, 27 août 1810; Lyon, 29 janv. 1824; Cass., 3 janv. 1826, 18 nov. 1840 (P. II, 1840, p. 648), 23 août 1847 (P. I, 1848, p. 169), 20 déc. 1847 (P. I, 1848, p. 388), 12 juill. 1848 (P. II, 1848, p. 661); Agen, 17 avril 1850 (P. II, 1852, p. 228). — Il faut ajouter que, M. Benech étant précisément l'un des plus ardents défenseurs de la doctrine qui admet la validité des deux libéralités, dans le cas bien autrement délicat où celle du conjoint est première en date, son opinion est dès lors sans valeur ici, en ce qui concerne notre question de l'ordre des libéralités; en sorte que le système qui les déclare valables toutes deux, au cas de simultanéité, n'a contre lui qu'un seul auteur et un seul arrêt.

Il en est tout autrement de la seconde hypothèse, celle d'une libéralité faite au conjoint antérieurement à celle de l'étranger. C'est ici qu'une profonde dissidence existe depuis longues années, et voici les nombreuses autorités qui admettent à cet égard les deux propositions contraires :

1° *Décidé* que, quand la donation faite au conjoint est première en date, elle s'impute toujours sur le disponible ordinaire d'abord, et que, si elle épuise ce disponible, soit directement, parce qu'elle est faite en propriété, soit par équivalent, parce qu'elle est en usufruit seulement (usufruit qui doit encore, dit-on, s'estimer en propriété), la libéralité faite plus tard à tout autre est nulle ; qu'ainsi, notamment, l'époux qui, laissant trois enfants, avait d'abord donné au conjoint une moitié d'usufruit, ne peut plus, parce que cet usufruit équivaut au quart de pleine propriété, donner à aucun autre le quart de nue-propriété : Cass., 7 janv. 1824, 21 mars 1837 (P. I, 1837, p. 280), 24 juill. 1839 (P. II, 1839, p. 59), 22 nov. 1843 (P. II, 1843, p. 798), 4 août 1846 (P. I, 1847, p. 53), 9 nov. 1846 (P. II, 1846, p. 641), 27 déc. 1848 (P. I, 1849, p. 22), 7 mars 1849 [deux arrêts] (P. I, 1849, p. 644); enfin l'arrêt *Chanaleilles* du 11, et l'arrêt *Charentais* du 12 janv. 1853, indiqués tous deux en tête de ce n° 5, p. 562; Agen, 30 août 1831; Limoges, 26 mars 1833; Besançon, 13 fév. 1840 (P. I, 1840, p. 487); Douai, 24 fév. 1840 (P. I, 1840, p. 612); Riom, 23 août 1842 (P. I, 1843, p. 419), 6 mai 1846 (P. II, 1846, p. 345); Paris, 12 janv. 1848 (P. I, 1848, p. 304), 17 fév. 1848 (P. I, 1848, p. 365); Orléans, 4 août 1849 (P. II, 1849, p. 494), 28 déc. 1849 (P. II, 1849, p. 406); Agen, 7 janv. 1852 (P. II, 1852, p. 341); Aix, 23 mai 1851; et Grenoble, 11 fév. 1852 (*suprà*, p. 562).

Digitized by Google

Décidé, au contraire, que la donation faite au conjoint doit toujours, alors même qu'elle est première en date, s'imputer sur le disponible spécial à ce conjoint, d'où la conséquence que l'époux qui, laissant trois enfants, avait d'abord donné à son conjoint l'usufruit de la moitié de ses biens, a pu donner ensuite à tout autre le quart en nue-propriété : Turin, 15 avril 1810; Lyon, 10 fév. 1836; Toulouse, 28 janv. 1843 (P. I, 1844, p. 45); Grenoble, 13 déc 1843 (P. I, 1844, p. 705); Toulouse, 13 août 1844 (P. I, 1845, p. 305); Grenoble, 15 juill. 1845 (P. II, 1846, p. 644); Toulouse, 13 fév. 1846 (P, II, 1846, p. 644); Paris, 16 nov. 1846 (P. II, 1846, p. 644); Agen, 14 déc. 1846 (P. I, 1847, p. 445); Paris, 8 janv. 1848 (P. I, 1848, p. 398); Agen, 30 juill. 1851 (P. II, 1852, p. 340); enfin Toulouse, 24 juin 1852 (*supra*, p. 562). — V., dans le même sens, parmi les auteurs, Guilhon, *Donat. entre vifs*, n° 268; Duport-Lavillette, *Quest. de droit*, v° *Quest. dispon.*, t. V, p. 715; Vazeille, *Donat. et test.*, art. 1094, n° 7; Benech, *Quot. dispon.*, 2e édit., p. 194-195, 298, 323, 324; Pont, *Rev. de législ.*, t. X, p. 215, et t. XIX, p. 261; Molinier, *Rev. de dr. étrang.*, t. I, p. 10; Zachariæ, t. V, § 689, p. 210; Taulier, *Théor. du Code civ.*, t. IV, p. 234-241; Valette (*Droit* du 11 mars 1846).

Quant à Proudhon, à M. Duranton et à M. Coin-Delisle, que l'on cite souvent, mais à tort, comme professant le système de la Cour de Cassation, c'est-à-dire la première des deux propositions ci-dessus, on verra plus loin que rien n'autorise cette idée, et qu'on doit bien plutôt les regarder, ainsi que Toullier et M. Rolland de Villargues (que l'on cite, à tort également, comme admettant le principe contraire, c'est-à-dire la seconde de ces propositions), comme professant, implicitement et d'une manière assez obscure, il est vrai, la doctrine intermédiaire que nous avons développée dans notre *Explication du Code*, et que nous soutenons de nouveau dans ce travail; et, s'il est vrai que M. Coulon suit le système de la Cour de Cassation, nous verrons que c'est sans traiter la question, et en termes qui enlèvent toute valeur doctrinale à sa solution, en sorte que ce système n'a réellement pour lui l'autorité d'aucun auteur.

Ainsi donc, et en résumé : — 1° Il est désormais hors de doute que le disposant ne peut jamais cumuler les deux quotités disponibles, c'est-à-dire les donner en entier l'une et l'autre; — 2° Il n'est pas douteux non plus que, si la libéralité faite au

Digitized by Google

conjoint n'excède pas les limites de l'article 1094, si celle de l'étranger n'excède pas les limites des articles 913 et 915, et si la réunion des deux n'excède pas le disponible le plus fort, les deux libéralités seront valables, toutes les fois que le disponible le plus fort sera le disponible ordinaire, quel que soit dans ce cas l'ordre des libéralités, et toutes les fois aussi que les deux libéralités seront faites par un même acte. — Mais quand, d'une part, le disponible le plus fort est celui du conjoint, et que, d'autre part, la libéralité faite à ce conjoint est antérieure à celle de l'étranger (toujours d'ailleurs dans la supposition que la première n'excède pas le disponible de l'article 913, et que leur réunion n'excède pas le disponible le plus fort), c'est alors que se manifeste une profonde dissidence, bon nombre de Cours d'appel et d'auteurs décidant, absolument et pour tous les cas, que les deux libéralités sont alors valables et que l'ordre des dates est insignifiant, tandis que la Cour de Cassation décide, absolument et pour tous les cas aussi, que la libéralité faite en second lieu à l'étranger ne peut alors valoir que pour ce qu'on trouvera libre dans le disponible ordinaire, après avoir imputé sur lui, même par une transformation de l'usufruit en propriété, si besoin est, la totalité des valeurs comprises dans la donation du conjoint.

Or, nous disons que ces deux doctrines sont erronées l'une et l'autre; que la question de savoir si l'époux peut, en donnant d'abord à son conjoint et plus tard à un autre, disposer de la même quotité que quand il donne dans l'ordre inverse, doit se résoudre, non pas par une négation absolue, comme le veut la Cour de Cassation, non pas par une affirmation absolue, comme le disent les arrêts d'appel et auteurs cités plus haut, mais par une distinction tirée de la nature des biens compris dans la libéralité faite au conjoint en premier lieu ; que la solution doit être négative, comme le veut la Cour de Cassation, quand cette première donation est en propriété, mais affirmative, au contraire, comme le veulent les Cours d'appel et les auteurs, quand elle n'est qu'en usufruit. Or, comme c'est précisément pour des donations de simple usufruit que sont intervenus, à l'exception d'un seul, tous les arrêts cités plus haut, il est bien vrai que nous arrivons ainsi, en fait et comme résultat, à nous trouver d'accord avec les auteurs et arrêts qui combattent la jurisprudence de la Cour de Cassation, et à dire comme eux que cette jurisprudence est aussi funeste qu'illégale ;

Digitized by Google

mais nous sommes cependant loin, en droit et comme principe, de faire cause commune avec ces auteurs et arrêts; nous maintenons, au contraire, que le principe invoqué par la Cour de Cassation, s'il est ainsi appliqué mal à propos, n'en est pas moins exact en lui-même; que, loin de le combattre, il faut avant tout le respecter; et que c'est précisément pour avoir pris une fausse voie dans leurs attaques, que les adversaires de la Cour de Cassation ont eu jusqu'ici si peu de succès.

Vainement, en effet, on viendra dire et répéter que l'ordre dans lequel deux libéralités sont faites est insignifiant pour déterminer la quotité disponible d'une personne, et que ce qu'elle peut donner ,en disposant pour un étranger d'abord et pour son conjoint ensuite, elle doit pouvoir le donner en commençant par son conjoint pour finir par l'étranger. On répondra toujours que, loin d'être insignifiante en matière de donation, la puissance des dates y est au contraire souveraine, puisque c'est selon que le disponible est ou n'est pas encore épuisé, que le disposant ne peut plus donner ou peut donner encore; et que c'est précisément par application de ce principe que l'article 923 fait réduire les libéralités par ordre de dates. — Vainement on dira qu'à la vérité, l'extension apportée au disponible ordinaire par l'article 1094, n'est établie que pour le conjoint, et ne peut bénéficier qu'à lui, mais que la libéralité faite à ce conjoint doit toujours s'imputer sur le disponible extraordinaire que l'article 1094 organise pour lui, aussi bien quand elle est la première en date que quand elle est la dernière. On répondra qu'il est contraire à l'ordre naturel des choses de donner les fonds de réserve avant les crédits ordinaires, le supplément du disponible avant le disponible lui-même, et que, dès lors, la première libéralité doit toujours s'imputer sur le disponible ordinaire de l'article 913, à quelque personne qu'elle soit faite, et qu'une fois ce disponible ordinaire épuisé, même au profit du conjoint, il ne restera que le crédit extraordinaire de l'article 1094, lequel n'est pas ouvert pour l'étranger. — Vainement, enfin, on opposerait les considérations morales les plus puissantes; car on répondra que ces considérations, parfaitement concluantes s'il s'agissait de refaire la loi, sont hors de mise quand il ne s'agit que de l'appliquer; et que, quand même la loi serait peu conforme à la raison et à la morale, les tribunaux n'en seraient pas moins tenus de s'y soumettre, en disant : *Dura lex, sed lex.* Il ne s'agit ici, dira la Cour

Digitized by Google

de Cassation, de rien autre chose que d'une question de droit ; or, en droit, il n'y a rien à répondre à cet argument : L'époux qui, laissant trois enfants, aurait d'abord donné à son conjoint un quart de pleine propriété, ne peut plus, comme vous le prétendez, donner ensuite à aucun autre (à l'un de ses enfants, par exemple) le second quart d'usufruit ; car ce second quart d'usufruit n'étant disponible que d'après l'article 1094, le donner ainsi à un étranger serait faire bénéficier celui-ci de cet article 1094 ; or cet article ne peut jamais profiter à aucun autre que le conjoint. En vain vous essayeriez de nier que c'est bien alors l'article 1094 qui profiterait à l'étranger, puisque, quoi que vous disiez, il restera toujours évident que, *si cet article 1094 n'existait pas, la seconde donation serait impossible.*

Ces idées ne sont-elles pas incontestables, et, par conséquent, la jurisprudence de la Cour de Cassation parfaitement juridique quant à son principe? Mais si ce principe, que les adversaires de cette jurisprudence ont grand tort d'attaquer, se trouve irréprochable, en est-il de même de l'application que la Cour en fait à notre cas particulier? Non, certes. Autant il est certain que le principe est vrai, autant il est certain aussi qu'il ne régit point les donations faites au conjoint *en usufruit seulement*, que celles-ci sont toujours imputables, de par la loi même, sur le disponible extraordinaire de l'article 1094, et que, si l'époux laissant trois enfants ne peut plus, quand il a d'abord donné à son conjoint un quart de pleine propriété, donner à un autre le second quart d'usufruit de l'article 1094, il peut très-bien, quand il a d'abord donné au conjoint une moitié d'usufruit, donner ensuite à un autre le quart de nue-propriété de l'article 913. — C'est pour n'avoir pas fait cette distinction que la Cour suprême, d'une part, et, d'autre part, la majorité des auteurs et des Cours d'appel sont arrivés aux deux extrêmes opposés ; et c'est quand le temps et l'étude l'auront fait pénétrer dans les esprits, que ces deux erreurs disparaîtront pour faire enfin place à la vérité, qui se trouve entre elles : *in medio veritas.* — Justifions cette distinction, en établissant qu'elle n'est point imaginée arbitrairement, mais écrite au contraire dans les textes mêmes du Code.

Quand on compare la disposition de l'article 1094 avec celle des articles 913-917, on y trouve une différence bien remarquable pour ce qui concerne *le disponible en usufruit.* Dans les articles 913-917, le disponible est, en usufruit, le même qu'en

Digitized by Google

propriété : celui qui peut donner moitié en pleine propriété ne peut donner aussi que moitié en usufruit ; celui dont le disponible en propriété n'est que d'un quart ne peut pas dépasser ce quart, alors même qu'il ne donne rien que de l'usufruit. Il est très-vrai que, quand la disposition d'usufruit est excessive, la réduction à laquelle il y a lieu ne s'opère pas d'après les règles ordinaires ; la loi, qui a voulu proscrire les évaluations de l'usufruit, à cause de leur incertitude (et ce fait est important à noter), coupe court à toute dispute sur la valeur de cet usufruit par rapport à la propriété, en donnant simplement au réservataire le choix d'exécuter en entier la donation excessive, ou de retenir l'usufruit donné, en y substituant tout le disponible en propriété. Mais quelle que soit ici la sanction de l'excès, il n'en est pas moins vrai que l'excès existe dès là qu'on a donné en usufruit plus qu'on ne pouvait donner en propriété. Dans l'article 1094 il en est autrement : le disponible en usufruit dépasse de beaucoup le disponible en propriété. Celui qui peut donner en propriété trois quarts ou moitié, parce qu'il n'a que des ascendants, soit dans une seule ligne, soit dans toutes deux, pourra donner en usufruit la totalité, et celui qui ne peut donner en propriété qu'un quart, parce qu'il a trois enfants ou davantage, pourra donner en usufruit moitié... Ainsi le disponible du chapitre 3 et celui du chapitre 9, en dehors même de leur étendue différente selon les cas, ne sont pas organisés de la même manière et n'ont pas la même nature : le premier n'a qu'une seule mesure, applicable à l'usufruit comme à la propriété ; le second a deux mesures distinctes, l'une pour la propriété, l'autre pour l'usufruit. — Ceci compris, analysons et apprécions ce qui se passe dans l'application du système de la Cour de Cassation.

D'après ce système, le juge qui se trouve en présence de deux donations faites par un défunt laissant trois enfants ou davantage, et dont la première en date attribue moitié en usufruit au conjoint, puis la seconde un quart de nue-propriété à l'un des enfants, ce juge peut, ou plutôt doit, sous peine de voir sa décision cassée, prendre la donation d'usufruit non pas *pour ce qu'elle est*, c'est-à-dire donation d'usufruit, mais *pour ce qu'elle n'est pas*, c'est-à-dire donation de pleine propriété, en faisant l'évaluation de ce que vaut en pleine propriété l'usufruit donné, évaluation dans laquelle il doit toujours (à moins que des circonstances particulières lui permettent de prendre par exception une base différente) donner la même valeur à l'usufruit et à la

Digitized by Google

nue-propriété, en d'autres termes, compter la propriété pleine pour le double de l'usufruit, de sorte que la donation de moitié d'usufruit sera fictivement transformée en donation d'un quart de propriété. Cette opération une fois faite, le reste va de soi : on dira, d'après les principes exposés plus haut, que le défunt ayant donné d'abord à son conjoint *un quart de propriété*, et cette quotité prenant tout ce que l'article 913 lui permettait de donner, la donation qu'il a faite à son enfant se trouve dès lors nulle.

Tel est le système de la Cour de Cassation. Or, quoi de plus abusif, quoi de plus contraire tout à la fois, comme le disait le jugement de Lectoure, à la loi, à la raison et à la volonté manifeste du donateur, que l'opération par laquelle ce système débute? Comment! vous êtes en face d'une première donation *d'usufruit*, que le défunt a faite en usufruit, parce qu'il avait ses raisons pour la faire ainsi et que la loi le lui permettait formellement, et voilà que, pour le plaisir de déclarer nulle une libéralité postérieure (que, sans cet étrange procédé, vous seriez forcé de reconnaître valable), vous ne trouvez rien de mieux que de dénaturer cette donation, et de la transformer fictivement en donation *de propriété!*... Comment! vous avez deux donations que vous trouverez valables l'une et l'autre, si vous les prenez *telles qu'elles sont;* et vous vous empressez de prendre la première pour *ce qu'elle n'est pas*, afin de pouvoir annuler la seconde!... Non-seulement c'est un arbitraire tellement flagrant, et d'un degré tel qu'on a vraiment peine à y croire même en le voyant se réaliser chaque jour; mais cet arbitraire est, d'ailleurs, d'autant plus contraire à tous les principes, que, tandis qu'on doit toujours interpréter et expliquer les actes de manière à en conjurer autant que possible la nullité, *potius ut valeant quam ut pereant*, ce procédé a ici pour but, au contraire, de procurer la nullité d'un acte qu'on sera forcé d'avouer valable, si l'on reste dans la vérité des faits. Ainsi, lorsque la Cour, dans l'arrêt du 21 juillet 1813, dont nous avons déjà parlé (aff. *Hocquart*), se trouvait vis-à-vis d'une donation de moitié d'usufruit faite *à un second conjoint en présence d'enfants d'un premier lit*, l'application de son procédé était parfaitement légale, puisque, le conjoint ne pouvant pas alors recevoir cette moitié d'usufruit (art. 1098), la donation était excessive et devait être ramenée, d'après l'article 917, au quart de propriété disponible : l'évaluation et transformation de la moitié d'usufruit au quart de propriété, et, par suite, la déclaration de nul-

Digitized by Google

lité de la donation postérieure, n'étaient alors que l'application des articles 1098, 917 et 913. Mais quand le conjoint donataire est le second auteur des enfants, que la règle à suivre se trouve, dès lors, non plus dans l'article 1098, mais dans l'article 1094, et que, par conséquent, le disponible ouvert pour ce conjoint n'est plus seulement du quart de propriété, mais aussi de moitié d'usufruit, la donation à lui faite de cette moitié d'usufruit n'a donc rien d'illégal, rien d'excessif, elle est parfaitement valable *telle qu'elle est faite*, et c'est, par conséquent, violer la loi et briser tous les principes que de transformer cette donation d'usufruit en donation de propriété, pour enlever au disposant l'autre disponible du quart de nue-propriété qu'il s'était réservé lors de cette première donation et qu'il a ensuite attribué, d'après l'article 913, à un second donataire. — En deux mots, il est évident que l'article 1094 permet à l'époux laissant trois enfants ou davantage de donner à son conjoint, second auteur de ces enfants, soit un quart de nue-propriété, soit un quart ou une moitié d'usufruit, avec ou sans ce quart de nue-propriété; il est bien évident aussi que c'est au disposant que le choix appartient à cet égard, qu'il est parfaitement libre de donner à son conjoint telle partie ou telle autre partie de son disponible, et que sa donation devra toujours s'exécuter telle qu'elle sera faite, du moment qu'elle le sera conformément à la loi et dans les limites légales. Ceci posé, si l'époux a donné au conjoint, soit un quart d'usufruit, soit un quart de nue-propriété, soit un quart de propriété pleine, comme alors la disposition de la chose donnée était permise et par l'article 913 et par l'article 1094, on conçoit qu'il y ait dispute sur le point de savoir si la donation doit s'imputer sur le disponible ordinaire du premier article ou sur le disponible extraordinaire du second; et nous disons à cet égard, avec la Cour de Cassation, que, des crédits supplémentaires ne devant être entamés que quand les ressources ordinaires font défaut, c'est donc sur le disponible de l'article 913 que la donation doit ici s'imputer. Mais quand le défunt a donné au conjoint une moitié d'usufruit, la question ne peut plus exister, puisque le disponible ordinaire ne contenant qu'un quart de cet usufruit, c'est nécessairement sur le disponible extraordinaire que le défunt a pris le second quart, en sorte qu'il est resté dans le premier une quote de nue-propriété dont il a pu disposer ensuite au profit d'un autre. — Tout ceci est bien évident. Car, encore une fois, et on ne saurait

Digitized by Google

trop le répéter, nulle autorité au monde ne peut, pour enlever à un donateur une partie de son droit de disposition et dépouiller un donataire du bien qui lui est duement donné, transformer arbitrairement en donation *de propriété* la libéralité que son auteur a faite *en usufruit*, tenant positivement à la faire ainsi, et alors que la loi le lui permettait formellement.

Nous disons que l'époux qui, dans les circonstances dont il s'agit, n'a donné que de l'usufruit à son conjoint, tenait positivement à ne lui donner que de l'usufruit, et nous devons faire à ce sujet une remarque importante. Sans doute, le seul fait que la donation est toute en usufruit, et que la loi, par l'article 1094, permettait de la faire ainsi, ce seul fait commanderait déjà de ne la traiter qu'en donation d'usufruit, alors même que ce serait sans dessein et comme par hasard que le disposant aurait donné de l'usufruit plutôt que de la propriété ; en sorte que la jurisprudence de la Cour de Cassation se trouverait arbitraire et illégale par cela seul et en dehors de toute autre observation. Mais une chose aggrave singulièrement ici l'arbitraire et l'illégalité que nous signalons : c'est que la restriction à un simple usufruit, loin de se faire ici par hasard, y est le résultat d'une intention très-réfléchie, d'une volonté bien préméditée et profondément mûrie, d'un calcul que le donateur a fait, précisément et tout exprès, pour se réserver, après sa donation au conjoint, la disponibilité de la nue-propriété que l'article 913 lui permet de donner à tout autre. On en a la preuve par l'extrême fréquence, dans les contrats de mariage, de ces donations d'usufruit au futur conjoint. Ainsi, chose bien remarquable, des nombreux arrêts cités plus haut et qui, avec les cinq qui sont ici recueillis, s'élèvent au nombre de quarante, *trente-neuf* ne présentent que des donations d'usufruit, *un seul* (celui de Cass. du 18 nov. 1840) présente une donation contenant de la propriété ! Toutes les fois qu'on rencontre une espèce présentant la question du concours des deux disponibles, on est presque toujours sûr d'avance que la donation du conjoint n'est qu'en usufruit ! Que les magistrats de la Cour suprême, et ceux des Cours d'appel qui suivent son fâcheux système, aillent lire leurs propres contrats de mariage, ceux de leurs enfants, ceux de leurs parents et amis : ils y verront les conjoints se donnant de l'usufruit presque toujours, de la propriété presque jamais. Or, pourquoi cela, sinon par la volonté, aussi naturelle que légitime asssurément, de se réserver pour

Digitized by Google

l'avenir le disponible en propriété? Quoi de plus juste, en effet, de plus convenable, nous dirions volontiers de plus nécessaire, que de permettre à deux futurs époux de se témoigner leur attachement, et d'inaugureur leur union par des libéralités réciproquement faites dans leur contrat même, en se réservant néanmoins de disposer encore plus tard d'une portion de leur patrimoine, soit pour récompenser l'enfant dont l'excellente conduite les aura consolés de l'inconduite de ses frères ou sœurs, soit pour laisser de quoi vivre à un vieux parent tombé dans la misère, soit pour reconnaître le généreux dévouement d'un ami? Les futurs époux ne peuvent pas deviner, dès le début de leur carrière, les mille causes qui pourront, dans vingt ou trente années, les solliciter à une donation; ils ne peuvent pas, à l'avance, apprécier la conduite, la position, les droits ou les besoins d'enfants qui ne sont pas encore nés et que peut-être même ils n'auront jamais; et pourtant, c'est aujourd'hui même, c'est dans leur contrat que les convenances, ou plutôt les nécessités de leur position, leur commandent de s'assurer les avantages qu'ils veulent se faire. Il était donc indispensable, *absolument indispensable*, de donner aux époux le moyen de s'avantager immédiatement, en dehors du disponible ordinaire, et en conservant ce disponible ordinaire pour les éventualités de l'avenir. C'est ce qu'a parfaitement senti le législateur, lorsque, dans l'article 1094, il est venu ajouter de l'usufruit au disponible ordinaire de la propriété : on ne peut pas douter de sa pensée à cet égard, quand on le voit, un peu plus loin, dans l'article 1098, alors qu'il ne s'agit plus que d'un second conjoint, auquel on donne en présence d'enfants d'une précédente union, se faire aussi avare qu'il était libéral dans le premier cas, et supprimer cette extension de l'usufruit pour revenir rigoureusement au disponible ordinaire, qu'il restreint même encore... Mais puisqu'il en est ainsi, puisque des donations *en usufruit* faites au conjoint préliminairement, et avec réserve du disponible en propriété pour les éventualités de l'avenir, sont une chose si fréquente, une chose que le cours ordinaire et forcé des choses rend si nécessaire, et que les rédacteurs du Code ont si bien comprise et si sagement facilitée, rien n'est donc plus contraire, tout à la fois, à l'esprit de la loi comme à son texte, à la volonté manifeste des donateurs, à la raison et aux nécessités sociales elles-mêmes, que la transformation fictive et arbitraire de ces donations d'usufruit en donations *de propriété*.

Digitized by Google

Rien n'est donc plus manifeste, selon nous, que le droit, pour l'époux qui, ayant trois enfants ou davantage, a d'abord donné moitié d'usufruit à son conjoint, de donner ensuite à tout autre un quart de nue-propriété ; et il faut, en effet, qu'il soit bien incontestable, quoi que dise la Cour de Cassation, pour qu'il n'ait jamais été nié par aucun auteur, et que, parmi tant de jurisconsultes qui ont écrit sur le Code, il ne s'en soit pas trouvé un seul qui admît la solution de cette Cour. Pas un seul, disons-nous : car, tandis que MM. Guilhon, Duport-Lavilette, Vazeille, Benech, Pont, Molinier et Valette professent à cet égard le principe diamétralement contraire à celui de la Cour, la doctrine intermédiaire que nous venons d'exposer est celle qu'admettent, au moins implicitement, non-seulement Toullier et Rolland de Villargues, mais aussi MM. Proudhon, Duranton et Coin-Delisle, que l'on cite si souvent, mais bien à tort, comme partageant le système de la Cour de Cassation. — Ainsi, d'abord, bien loin que Proudhon ait jamais dit nulle part que l'époux qui, dans notre cas, a d'abord donné moitié d'usufruit à son conjoint, ne peut plus donner à un autre le quart de nue-propriété, il présente bien plutôt l'idée contraire par induction, puisque, d'une part, il n'admet jamais l'estimation de l'usufruit en nue-propriété que dans les cas où cette estimation se trouve rendue nécessaire et forcée par la nature des choses, ainsi qu'elle l'était dans l'arrêt *Hocquart* du 21 juillet 1813 (*Traité de l'usufruit*, n° 359, al. 5 et 6, 10 à 14, 17 ; n° 360, al. 7), et que, d'autre part, il ne présente la quotité ordinaire de l'article 913 comme épuisée, et dès lors toute donation ultérieure à un étranger comme impossible, qu'autant que la donation faite d'abord au conjoint serait *ou d'un quart en propriété et d'un autre quart en usufruit, ou du moins du quart en propriété* (*Ibid.*, n° 358, dern. al.). C'est bien reconnaître qu'il en serait autrement si cette première donation n'était que de moitié d'usufruit, sans contenir de la propriété. — M. Duranton (t. IX, nos 794, 796), quoique plus incomplet encore que Proudhon, donne lieu cependant à la même induction. Cet auteur dit bien que, quand il y a épuisement du disponible ordinaire par la donation d'abord faite au conjoint, on ne peut plus rien donner ensuite à aucun autre ; mais c'est aussi ce que nous disons nous-même, et la question est précisément de savoir quand est-ce que ce disponible ordinaire est épuisé ; or, tandis que M. Duranton, ainsi que nous-même, le regarde comme épuisé

Digitized by Google

quand la donation antérieure du conjoint porte sur le quart de propriété, il n'est pas un passage où il en dise autant de la donation de moitié d'usufruit; il laisse même entendre le contraire. — Pour ce qui est de M. Coin-Delisle (art. 1094, n° 16), il est bien vrai qu'il approuve les trois arrêts de cassation, 7 janvier 1824, d'Agen, 30 août 1831, et de Limoges, 26 mars 1833, qui prononcent tous trois sur des donations d'usufruit; mais, d'une part, il les explique par cette circonstance exceptionnelle qu'il s'agissait de donations faites en usufruit (et *de la totalité* de l'usufruit) avant le Code civil, et, d'autre part, il semble si loin d'admettre *in petto* la règle nette et absolue que les arrêts postérieurs de la Cour de Cassation ont appliquée, qu'il cite, au contraire, comme étant en communauté de doctrine avec lui, sur le principe dont il croit voir une application dans ces arrêts de 1824, de 1831 et de 1833, Proudhon, Toullier, et même *M. Vazeille*, l'un de ceux qui enseignent le plus formellement que l'époux qui a d'abord donné moitié d'usufruit peut très-bien donner ensuite à un autre le quart de nue-propriété. — M. Coulon, enfin (*Quest. de dr.*, *dial.* 135), suit, il est vrai, complétement le système de la Cour de Cassation; mais, loin de traiter la question, il ne l'a pas même vue, puisque le point qu'il déclare traiter, et qu'il traite en effet (t. III, p. 521), c'est celui de savoir si l'époux *qui a épuisé le disponible de l'article* 913, au profit de son conjoint, peut encore donner à un autre; ce qui n'est ni notre question ni une question. Quant au point de savoir si l'époux placé dans notre hypothèse a, oui ou non, épuisé ce disponible, M. Coulon ne l'examine pas, et c'est en la *supposant* résolue affirmativement (p. 523), par une prétérition fort étrange, qu'il en conclut l'impossibilité de la seconde donation.

Il reste donc vrai que la doctrine de la Cour de Cassation n'a pour elle l'autorité d'aucun auteur Et comment, en effet, un homme dégagé de toutes préventions et libre de tous précédents pourrait-il adopter un système qui trouve sa condamnation dans la manière même dont la Cour suprême est réduite à le motiver? Qu'on lise les motifs de notre arrêt *Chanaleilles* sur le premier moyen du premier pourvoi, et on verra que, loin de discuter logiquement notre question, ils n'y touchent même pas. Il s'agissait, en effet, de savoir si la donation faite au conjoint épuisait ou non le disponible de l'article 913. Or l'arrêt se contente de dire, en substance : « Attendu que c'est seulement en faveur de l'époux

Digitized by Google

« que l'article 1094 autorise l'extension du disponible de l'ar-
« ticle 913 ; qu'ainsi la disposition faite en second lieu à l'en-
« fant ne peut valoir *lorsque celle faite précédemment au conjoint*
« *a épuisé ce disponible;* d'où il suit qu'en déclarant nulle la do-
« nation faite à Sosthènes de Chanaleilles par son père, *alors que*
« *la portion disponible de celui-ci se trouvait absorbée par la do-*
« *nation faite à sa femme*, l'arrêt attaqué a justement appliqué
« les articles 913 et 1094. » Ainsi la question est : *la donation de moitié d'usufruit au conjoint* ABSORBE-T-ELLE LE DISPONIBLE ? Et la Cour, pour justifier sa thèse de l'épuisement, nous dit : *Attendu que cette donation* ABSORBE LE DISPONIBLE ! Il serait difficile d'imaginer une plus belle et plus franche pétition de principe. Les motifs des arrêts portant cassation sont, non pas plus faibles (c'est impossible, puisque ceux-ci ne font que résoudre la question par la question même, et sont par conséquent nuls), mais plus étranges encore. Qu'on lise les motifs des deux arrêts précités du 7 mars 1849, on verra qu'ils se réduisent à ceci : « At-
« tendu que, quand le disponible de l'article 913 se trouve absorbé
« par la libéralité faite au conjoint, le droit du disposant est
« épuisé à l'égard de tous les autres ; attendu que les juges d'ap-
« pel n'ont pas déclaré que la moitié d'usufruit donnée au con-
« joint N. n'était point l'équivalent du quart de pleine pro-
« priété, et que, par conséquent, ils ont, en validant la donation
« postérieurement faite à un enfant, violé l'article 913, *casse.* »
Ces arrêts reposent donc sur ces deux propositions : 1° qu'un usufruit, en principe, et à moins de circonstances exceptionnelles, vaut toujours et nécessairement la moitié de la pleine propriété ; 2° que la donation de moitié d'usufruit, d'abord faite au conjoint, doit toujours être évaluée et fictivement transformée en donation de propriété. Or, alors même que la première proposition (dont la discussion est ici surabondante) serait parfaitement vraie, la seconde est, comme on le voit par ce qui précède, doublement illégale : illégale en ce qu'elle prend pour principe une prétendue nécessité d'estimation de l'usufruit dans les calculs du disponible, tandis que la loi pose, au contraire, comme principe fondamental en cette matière, la proscription de cette estimation, proscription tellement sévère, que du moment qu'une libéralité d'usufruit dépassera le disponible d'usufruit, il faudra, d'après la loi, si minime que l'excès puisse être, choisir entre l'exécution complète de la libéralité et l'abandon complet du dis-

Digitized by Google

ponible de propriété, afin d'éviter l'estimation (art. 917); illégale encore, et non plus seulement illégale, c'est-à-dire contraire *à la loi*, mais encore contraire *à toutes les règles de la justice et de la raison*, en ce que, pour arriver à une annulation d'acte, elle traite en donation de propriété une simple donation d'usufruit, que son auteur a tenu à faire en usufruit, et que la loi lui permettait expressément de faire en usufruit. Où trouver, en vérité, une décision plus illégale et entachée d'un arbitraire plus abusif, d'un excès de pouvoir plus manifeste que l'arrêt qui revient à dire : *Attendu que les juges d'appel ont pris et apprécié la donation du conjoint* TELLE QU'ELLE ÉTAIT ET QUE LA LOI PERMETTAIT QU'ELLE FUT, *au lieu de la dénaturer, la Cour* CASSE *l'arrêt !*

Si donc le système suivi depuis vingt-neuf ans par la Cour de Cassation sur cette question du concours des deux quotités disponibles est exact, et critiqué à tort par MM. Benech, Pont et autres, toutes les fois que la donation faite au conjoint ne porte que sur un objet compris dans le disponible de l'article 913, il est faux, au contraire, quand cet objet est la moitié d'usufruit rendue disponible par l'article 1094; et la jurisprudence de la Cour ne saurait manquer, sous ce rapport, d'être répudiée tôt ou tard. Car, tôt ou tard, la Cour suprême devra faire triompher la raison ; or c'est la raison, comme l'a dit le tribunal de Lectoure, qui parle ici avec la loi ; c'est la raison qui dit, que quand une donation a pu légalement se faire *telle qu'elle est*, il faut dès lors la prendre telle qu'elle est.

V. MARCADÉ.

VENTE ENTRE ÉPOUX.

La disposition de l'art. 1595 du code Napoléon, qui établit en principe la prohibition de vente entre époux, est une disposition de statut personnel.

Personne ne conteste la distinction si claire, si logique en théorie du statut réel et du statut personnel; mais qu'une espèce

Digitized by Google

surgisse, qu'on procède à l'application de la théorie, aussitôt le dissentiment apparaît, les opinions se montrent en foule.

Le statut réel s'occupe principalement des biens, et s'il est question de personnes, ce n'est qu'accessoirement, de même que le statut personnel règle principalement l'état et la capacité des personnes et ne s'occupe des biens qu'accessoirement, car on ne peut s'occuper des droits composant cette capacité sans traiter en même temps des choses objets des droits. — Tout le monde est d'accord sur ces principes, ils sont d'une logique et d'une simplicité remarquables.

Essayons d'en faire l'application à l'espèce que nous nous proposons d'étudier. — Quelle est la chose que le législateur a eu en vue principalement dans l'article 1595, lorsqu'il a posé le principe qui prohibe la vente entre époux? Est-ce la transmission des biens d'un époux à l'autre? Est-ce, au contraire, la capacité de ces époux? Le législateur a-t-il jugé nécessaire, pour l'ordre public et la sûreté des transactions, que les biens des époux fussent frappés d'inaliénabilité vis-à-vis du conjoint? ou bien a-t-il pensé qu'un époux, lorsqu'il vend à son conjoint, ne jouit pas de toute la liberté nécessaire au vendeur ordinaire, qui, tout en recevant un équipollent, ne veut rien perdre, et fait, autant qu'il est en lui, une bonne affaire, ou bien, que libre sans doute dans sa volonté, il subit une influence à laquelle il ne peut se soustraire, et qui le porte à se dépouiller en faveur de son conjoint, *ne mutuato amore se invicem spoliarent conjuges*. Le législateur a-t-il voulu dire que lorsqu'un époux vend à son conjoint, il ne jouit pas de toutes les qualités que doit posséder un vendeur indépendant et libre, qu'en un mot il n'a pas la capacité de vendre vis-à-vis de son conjoint, tout comme le mineur, l'interdit et la femme mariée n'ont pas la capacité de contracter par eux-mêmes vis-à-vis de tout le monde?

C'est à ce dernier parti qu'il faut évidemment s'arrêter. L'origine de notre article, étudiée avec soin, ne laissera aucun doute à cet égard.

M. Portalis disait, dans l'exposé des motifs du titre de la vente : « On a craint avec raison l'abus que le mari peut faire « de son autorité, et celui qui aurait sa source dans l'influence « que la femme peut se ménager par les douces affections qu'elle « inspire. — Ces motifs avaient déterminé la loi romaine et la « plupart des coutumes à prohiber les donations entre vifs, entre

Digitized by Google

« la femme et le mari hors du contrat de mariage. Entre per-« sonnes si intimement unies, il serait bien à craindre que la « vente ne masquât presque toujours une donation. » — C'est donc pour éviter la violation de la loi sur les donations entre époux que l'article 1595 a été porté. M. Faure au Tribunat et Grenier au Corps-Législatif ont exprimé la même idée, qui demeure incontestable.

La loi romaine avait prohibé les donations entre époux. Nous n'en chercherons pas ici la raison historique [1]. Il nous suffit de savoir que ces donations, défendues tout d'abord et frappées de nullité, furent plus tard tolérées par la constitution des empereurs Sévère et Caracalla, comme donation à cause de mort, lorsque l'exécution en avait eu lieu du vivant du donateur, et que, sous Justinien même, la tradition ne fut plus nécessaire (*Novel.* 162, ch. 1) pour les rendre valables, pourvu que le donateur fût mort sans changer de volonté; et que la raison de toutes ces dispositions était celle-ci : *Ne mutuato amore invicem spoliarentur* (*Ulp.*, l. I *de Donat. inter viv. et ux. Dig.*) : *ne concordia prætio conciliari videretur* : *neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret* (l. III, *id.*) Toutes choses qui peuvent être résumées en un mot, savoir : que l'époux n'était pas capable de donner à son conjoint, parce que vis-à-vis de lui il n'avait pas la liberté et l'indépendance nécessaires au donateur qui se dépouille sans retour et ne reçoit aucun équivalent.

Notons en passant que Pothier, dans son n° 1 du *Traité des Donations entre mari et femme*, rapporte ces passages du Digeste, qu'il qualifie de très-belles raisons.

Quant aux anciennes coutumes, elles restreignent toutes plus ou moins les libéralités entre époux. Pothier (n° 7, *ibid.*) signale leur variété et les divise, sous ce rapport, en trois classes principales. Quoiqu'il en soit, elles se sont toutes préoccupées de l'influence que l'un des époux peut exercer sur l'autre, et elles ont restreint plus ou moins la libre disposition des biens, parce qu'elles ont reconnu, comme la loi romaine, que l'époux soumis à cette influence n'était pas suffisamment indépendant; donc suffisamment capable Cette argumentation me paraît logique et incontestable.

Faisons un pas de plus, et rapprochons-nous de l'espèce de

[1] *V.* Troplong, *du Contrat de mariage*, t. I, préface, pag. 58 et suiv.

Digitized by Google

l'article 1595. — Le droit romain prohibait la donation entre époux, directe ou indirecte. La loi 5, § 5, *Dig.*, *ibid.* porte : *Venditionem donationis causâ inter virum et uxorem factam nullius esse momenti, si modo quum animum maritus vendendi non haberet; idcirco venditionem commentus sit, ut donaret.* Voilà donc une vente qui a servi à déguiser une donation entre époux, frappée de nullité absolue, *nullius est momenti*, et la raison de cette nullité est que le vendeur-donateur a été entouré et circonvenu par son conjoint, qu'il a cru devoir faire ce sacrifice de sa fortune pour le bonheur et la paix de sa famille. Il a vendu, c'est-à-dire donné, mais l'aurait-il fait s'il ne se fût pas trouvé dans de telles circonstances? *Voluit, sed coactus voluit*, suppose le législateur, il y a eu *vice légal* dans le consentement, parce que le législateur suppose que le même vice du consentement a réellement existé en fait. De là, présomption d'incapacité pour la vente, qui n'avait pour but que de déguiser une donation pour laquelle l'incapacité existait également. Le droit romain, cependant, ne frappait pas de nullité toute vente entre époux, c'était seulement celle par laquelle on avait voulu déguiser une donation. Ce fait, il aurait donc fallu toujours le prouver. La vente peut être sérieuse ou même ne contenir un avantage que pour partie; aussi la même loi ajoute : *enim vero si quum animum vendendi haberet* (ce qui est essentiel) *ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere quatenus facta est locupletior.* Ce qui est donation entre époux tombe, ce qui est vente reste debout. Et si la vente n'était que partielle, il y avait lieu de suppléer le juste prix. Pourquoi ces décisions de la loi romaine si sage et si pleine de logique? — C'est que dès lors qu'il était certain qu'il y avait eu vente avec juste prix, ou que le prix était complété, il n'y avait aucun danger pour l'époux. L'équipollence des objets réciproques des deux obligations suffirait à garantir que le consentement avait été librement donné. Aussi le législateur n'avait pas cru devoir interdire la vente entre époux, c'est-à-dire leur retirer la capacité de vendre l'un à l'autre. Il en était bien différemment en matière de donation, parce qu'alors le dépouillement était gratuit et sans équivalent; l'époux se serait trouvé livré sans défense aux sollicitations, aux tortures morales ou réelles peut-être, et enfin aux séductions de son conjoint. Le remède se trouvait dans la présomption légale d'incapacité.

Digitized by Google

Cette distinction de la loi romaine entre la donation et la vente, mérite une sérieuse attention, car elle prouve beaucoup à mon avis. — Pourquoi, s'il s'agissait d'un statut réel, d'une question d'inaliénabilité, s'il y avait danger pour l'ordre public à permettre la transmission des biens d'un époux dans les mains de son conjoint, pourquoi permettre la vente véritable et proscrire la vente simulée et la donation? Nulle part, je ne trouve une raison, même spécieuse, de cette différence; nulle part, dans la loi romaine, on ne trouvera un texte qui puisse faire soupçonner qu'il est question d'un statut réel. Tout, au contraire, y est personnel, tous les textes s'occupent et s'alarment de l'influence de l'un des époux sur l'autre, dont le repos et la fortune sont menacés.

Toutefois, si l'origine de la disposition de l'article 1595 se trouve dans la loi romaine, dans la prohibition de donner, qui était un statut personnel, il faut avouer que c'est le droit coutumier qui en a présenté l'origine moins immédiate; aussi c'est là que nous devons encore l'étudier. Mais d'avance nous pouvons dire que nous espérons arriver aux mêmes résultats, malgré le texte positif et contraire des anciens auteurs, et notamment de Pothier [1].

Notre droit coutumier avait compris que la preuve du déguisement de la donation sous les formes de la vente serait difficile à faire. Les coutumes d'ailleurs s'étaient montrées plus sévères que le droit romain dans les relations des époux entre eux. Le droit romain se contentait de déclarer révocables *ad nutum*, comme notre article 1096 l'a fait depuis, les libéralités entre époux faites entre-vifs. Le droit coutumier, au contraire, prohiba généralement les donations entre époux et les déclara *nulles* Il alla même quelquefois jusqu'à prohiber entre eux les dispositions testamentaires. Pourquoi tant de sévérité? d'un côté, à cause du principe de la conservation des biens dans les familles, qui était si profondément enraciné, et qui avait amené, en matière de succession, la règle *paterna paternis*, *materna maternis*. Ce principe, nous ne le nierons pas, dut avoir son influence et dicter en partie la prohibition dont nous parlons, ou du moins faciliter son adoption; mais est-ce à dire que le législateur coutumier n'avait eu qu'elle en vue? Nous ne pouvons l'admettre et Pothier lui-même sera de notre avis. En effet, on avait supposé

[1] V. *Traité des donations entre mari et femme*, n° 18.

Digitized by Google

que telle avait pu être la pensée de la coutume, et, pour arriver à obtenir une donation valable, on avait imaginé de faire concourir à l'acte de donation les héritiers présomptifs du donateur qui donnaient leur consentement. Mais Pothier nous apprend (nº 44) qu'un arrêt de 1543, rapporté par Dumoulin sur l'article 156 de l'ancienne coutume de Paris, avait jugé que la donation n'en demeurerait pas moins nulle. On aurait pu en donner pour raison que *privatorum pactis jus publicum mutari non potest*, et les savants jurisconsultes Dumoulin et Pothier l'auraient fait très-certainement s'il avait été question du *jus publicum*, de la non-transmissibilité des biens d'une famille dans une autre, d'un statut réel par conséquent. — Que disent-ils au contraire ?

« La raison est, dit Pothier, qu'*outre que ce n'est pas seulement « en faveur des héritiers que ces donations sont défendues*, un tel « consentement des héritiers n'est pas libre, mais est extorqué « par la crainte que le donateur ne les privât, par d'autres voies, « de sa succession, s'ils refusaient de le donner. »

Et Dumoulin : *Et bene quia videtur consensus extortus, quia alias donaret aliis extraneis ;* puis il ajoute *: tum quia ut non sit amor conjugum venalis.* — Voilà le motif véritable, c'est celui qui avait inspiré le législateur romain et avait créé une loi personnelle à Rome. Pourquoi la loi coutumière n'aurait-elle donc pas été personnelle ; la conséquence de cette pensée n'est-elle pas une limitation de la capacité, comme nous l'avons déjà démontré ? *Ut non sit amor conjugum venalis.* Tel est le but que veut atteindre la coutume, de même que la loi romaine : pour atteindre ce but, l'une et l'autre législation agissent de la même manière.

Le motif de conservation des biens dans les familles n'est donc pas le seul qui ait inspiré les coutumes, il n'a même exercé qu'une légère influence. Aussi il n'a pas créé en cette matière une inaliénabilité relative exigée par les mœurs ou la constitution politique de l'époque, comme dans la matière des substitutions. J'en cherche une dernière preuve dans le droit coutumier lui-même. Comment expliquer la disposition de la coutume d'Auvergne, si l'on part du principe, faux selon nous, qu'il s'agit d'un statut réel ? Cette coutume, dans son chapitre 14, article 28, distingue entre l'homme et la femme, défendant à celle-ci de rien donner à son mari, tandis qu'elle permet au mari de faire à sa femme donation entre-vifs de tous ses biens, sauf

Digitized by Google

la légitime des enfants. Elle suppose, en effet, que le mari saura résister aux charmes et aux séductions de son épouse, et lui laisse par conséquent sa capacité pleine et entière ; mais compatissant à la faiblesse de la femme, elle la met en garde contre des violences et des brutalités, et pour assurer la paix du ménage, elle la déclare incapable de rien donner à son mari.

Le statut personnel permet d'expliquer avec une grande simplicité cette disposition étrange au premier abord. Que pourra-t-on dire au point de vue du statut réel ? — Y a-t-il danger à ce que les biens de la femme passent dans la famille du mari, tandis qu'il n'importe nullement à la paix publique ou à l'ordre de succession établi par la coutume (*paterna paternis*, etc...), que ceux du mari passent dans la famille de la femme ? Quelle étrange anomalie ! et voilà pourtant ce qu'il faudrait soutenir dans le système que nous combattons : ce qui prouve jusqu'à l'évidence combien notre opinion est fondée.

Revenons maintenant à ce que nous disions tout à l'heure, à savoir que c'est de la législation des pays de coutume que nous vient l'article 1595. Il importait d'autant plus de rendre efficace l'incapacité que cette législation avait admise, que cette incapacité se trouvait d'accord, ainsi que nous l'avons dit, avec la règle *paterna paternis*, etc., avec le principe de conservation des biens dans les familles.

Il était facile de voir que les règles du droit romain étaient quelquefois insuffisantes, et que la prohibition était éludée au moyen de contrats à titre intéressé, déguisant une donation et au sujet desquels la fraude ne pouvait être prouvée. Aussi des dispositions formelles furent portées prohibant, avec les donations, les autres contrats entre époux. C'est ainsi que la coutume de Nivernais dit (chap. 24, art. 27) : « gens mariés constant leur mariage ne peuvent *contracter* au profit l'un de l'autre ; » celle du Bourbonnais (chap. 4, art. 7) : « Le mari et la femme ne peuvent faire traité, donations, confessions *ni autres contrats* constant leur mariage. » Celle de Normandie (chap. 15, art. 410) : « Gens mariés ne peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou confessions par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout ou en partie. » — Pothier nous apprend que cela avait pareillement lieu dans les coutumes qui ne s'en étaient pas expliquées (78). Aussi Dumoulin, sur l'article 256 de l'ancienne coutume

Digitized by Google

de Paris, n° 5, avait posé en principe : *nullum contractum etiam reciproquum facere possunt nisi ex necessitate.*

Telle est l'origine immédiate de l'article 1595. Telle est la législation dans laquelle les rédacteurs du Code ont trouvé leur disposition écrite, et l'ont copiée. Avait-elle alors changé de nature, et ce que nous avons vu statut personnel, lorqu'il s'agissait de la donation, était-il devenu statut réel lorsqu'il y eut prohibition de vendre, et n'avait-on plus qu'une chose en vue, l'inaliénabilité des biens entre époux ? Non, il ne pouvait en être ainsi, car cette disposition serait inexplicable; rien ne pourrait la justifier. Aussi, sans m'arrêter ici longtemps sur ce que le langage des coutumes lui-même indique, une limitation de la capacité : *gens mariés ne peuvent, le mari et la femme ne peuvent, nullum contractum facere possunt* (Dumoulin), il me suffit pour faire connaître la véritable pensée de cette législation, de transcrire ce passage de Pothier : « Notre droit français a été beaucoup « plus attentif à prévenir tous les avantages indirects que des « conjoints par mariage pourraient se faire, par les différentes « espèces de contrats qui interviendraient entre eux pendant « leur mariage, par lesquels ils transporteraient l'un à l'autre « quelque chose de leurs biens. » C'est toujours la même pensée. Donc la prohibition de contracter, de même que la prohibition de donner qu'elle sanctionne sont des statuts personnels.

Il paraît étrange, après l'exposition de ce qui précède, que nous insistions si longtemps au sujet du caractère de personnalité de la disposition dont nous nous occupons dans la législation coutumière, car cette personnalité paraît évidente et incontestable. Cependant cette disposition fut considérée généralement comme un statut réel, et elle en subit les règles. Pothier s'en exprime d'une manière formelle[1]; mais il faut avouer que la définition du statut réel qu'il donne à cette occasion, ne saurait

[1] Furgole étudie la même question, et se demande si les libéralités faites entre époux, dans une coutume qui les prohibe, peuvent valoir pour les biens situés dans les coutumes non prohibitives et réciproquement. Il pense que le statut est tantôt réel, tantôt personnel, suivant les termes dans lesquels la coutume est conçue, et d'après les motifs de prohibition dans chaque coutume. C'est ainsi que n'osant proclamer les vrais principes qu'il entrevoyait, il aimait mieux s'incliner devant l'autorité de grands noms, et essayait timidement de concilier d'Argentré et Voët. Voulant que le statut fût réel avec Guy-Coquille, qui le croyait personnel, en disant que les coutumes par eux

Digitized by Google

contenter l'esprit et pourrait être appliquée aux dispositions de la loi les plus personnelles. Il s'exprime ainsi : « Les lois municipales qui concernent les donations entre mari et femme, « ayant pour objet de régler quelles donations on doit permettre ou défendre à des conjoints par mariage de se faire « l'un à l'autre *de leurs biens*, sont des statuts réels, car *on appelle statuts réels ceux qui ont pour objet les biens*. Suivant la « nature des statuts réels, c'est la seule loi qui régit chacun des « biens des conjoints, qui doit décider s'il est permis ou défendu « de se les donner l'un à l'autre (n° 18). » — Si cette définition était admise, on trouverait bien peu de statuts personnels. La loi qui accorde l'usufruit légal aux père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans est bien certainement un statut personnel, et cependant cet usufruit a pour objet les biens de ce mineur. L'hypothèque légale accordée au mineur sur les biens de son tuteur émane bien d'un statut personnel, et cependant elle a pour objet les biens qu'elle frappe. Mais ces lois de statut personnel s'occupent des biens d'une manière accessoire ayant pour but principal l'état des personnes, l'état de père, l'état de tuteur. De même dans la prohibition de donner ou contracter entre époux, bien que cette disposition ait pour objet les biens des époux, ce n'est qu'accessoirement et non d'une manière principale et directe : ce qui est principal et direct dans l'espèce, c'est la capacité, ainsi que je l'ai déjà établi. — Mais, pourra-t-on objecter, dans toutes les relations, les personnes et les biens sont en contact, il s'agira donc toujours d'un statut personnel ? A cela il suffit de répondre par la précision que tout le monde fait et adopte en théorie, et dont l'application est si difficile. Considérez l'objet direct et principal de la loi, le but essentiel et final qu'elle se propose. Merlin l'a dit bien clairement : « Pour juger si un statut est réel ou personnel, il ne faut pas en considérer les effets éloignés, les conséquences ultérieures, autrement, comme il n'y a pas de statut personnel qui ne produise un effet quelconque par rapport aux biens, ni de statut réel qui n'agisse par contre-coup sur les personnes, il faudrait dire qu'il n'y a point de statut qui ne soit à la

commentées avaient voulu tantôt affecter les biens aux héritiers du sang, tantôt limiter la capacité des époux dans l'intérêt de la paix du ménage, il semble cependant faire plus d'attention à cette dernière considération. (*Traité des testaments*, tom. Ier, ch. 6, sect. 2, p. 411 et suiv.)

Digitized by Google

fois et réel et personnel. Que faut-il donc faire? Il faut s'attacher à l'objet principal, direct, immédiat de la loi, et oublier les effets. Si l'objet principal direct, immédiat de la loi est de régler l'état des personnes, le statut est personnel, les effets par rapport aux biens ne sont plus que la conséquence éloignée de la personnalité; au contraire, si l'objet principal direct, immédiat de la loi est de régler la qualité, la nature des biens, la manière d'en disposer, le statut est réel, les effets par rapport aux personnes ne sont plus que des conséquences éloignées de la réalité » (Rép., 8° *autorisation marit.*, sect. 10, n° 2). — Faisons l'application de ces principes, prenons un statut réel que l'on pourrait croire personnel au premier aspect; la disposition de l'article 765 qui ne veut pas que les enfants naturels puissent rien recevoir au delà de la portion déterminée par la loi. — Quel est l'objet principal de l'article? Est-ce de limiter la capacité de l'enfant naturel, ou celle de ses père et mère? Non, c'est une simple question de disposition des biens; la morale a été outragée, et pour empêcher qu'elle ne soit outragée encore dans l'avenir, le législateur n'a voulu laisser au fruit malheureux du désordre qu'une portion de biens qu'il a déterminée dans sa sagesse, réservant les autres biens à la famille légitime. Le but essentiel et final, c'est la morale et l'ordre public, l'objet principal et direct, c'est la disposition des biens. En est-il de même en matière de donation entre époux? non, assurément; la morale et l'ordre public sont-ils compromis si l'un des époux reçoit des biens de son conjoint pendant le mariage, lui qui peut les recevoir à sa dissolution? Est-ce là le but de la loi? Personne ne le soutiendra; dire que c'est cette inaliénabilité qui ne fait naître aucun danger, que la loi a eu en vue principalement et directement, ce serait absurde. — Quelle est donc la vérité? Nous l'avons dit et redit avec insistance. — Le but essentiel et final que la loi voulait atteindre, c'était de protéger les époux contre les faiblesses d'un amour exagéré, ou l'avidité, les obsessions et les violences d'un époux cupide ou déréglé, toutes choses qui auraient eu pour résultat le dépouillement du faible, de celui qui n'aurait pas eu une volonté libre et indépendante. Quel est donc l'objet que la loi a considéré directement et principalement? C'est la capacité de l'époux qui donne ou contracte. Celui-là seul doit être réputé capable de donner ou de contracter, qui peut vouloir librement et en dehors de toute mauvaise in-

Digitized by Google

fluence. Or l'époux ne pouvait pas vouloir et consentir dans de telles circonstances ; aussi la loi l'a déclaré incapable. Peu importe maintenant qu'au moyen de cette incapacité créée par la loi, les biens des époux soient relativement inaliénables. Ce n'est qu'accessoirement qu'il en est ainsi, la disposition de la loi est toujours un statut personnel, de même que celle qui déclare incapables les mineurs et les interdits dont les biens deviennent inaliénables d'une manière plus étendue, car l'aliénation n'est possible qu'avec des formalités nombreuses et sévères.

Quoi qu'il en soit de toutes ces considérations, que nous croyons la déduction vraie et logique de principes incontestables, nous devons reconnaître que, dans notre ancien droit, la doctrine contraire était admise. En conséquence, la donation était nulle ou valable, selon que les biens sur lesquels elle portait se trouvaient situés dans le ressort de telle ou telle coutume. Mais pourquoi s'en étonner quand on voit les mêmes décisions et la même doctrine au sujet d'un statut personnel incontestable, au sujet du sénatus-consulte Velleius, qui déclarait les femmes incapables d'intervenir, c'est-à-dire de s'obliger pour autrui? Tous les auteurs l'attestent, c'était par la loi du lieu du domicile de la femme au moment où elle contractait son obligation, que l'on appréciait sa capacité. Le Parlement de Paris l'avait ainsi décidé par deux arrêts rapportés par Froland, et la Cour de Limoges a reconnu, dans son arrêt du 24 mai 1813 (*Sirey*, 14, 2, 26 et suiv.), que telle avait été l'ancienne jurisprudence. Cette jurisprudence était si bien établie que, contrairement à la généralité des auteurs qui reconnaissaient, parce qu'on ne pouvait le nier, que le sénatus-consulte Velleius constituait un statut personnel, d'autres auteurs, et notamment Lebrun (liv. II, ch. 3, p. 311) et Bourjon (t. II, ch. 2) avaient été jusqu'à dire que c'était un statut réel. Nous n'avons donc pas à nous préoccuper de ces locutions vicieuses de l'ancienne jurisprudence et des décisions rendues contrairement aux vrais principes. Cette doctrine était nécessairement fausse et illogique ; mais elle était nécessitée peut-être par la situation politique, le morcellement de la France en petites contrées attachées chacune à leurs lois. On ne devrait jamais l'oublier, le droit n'est pas une science rigoureuse et mathématique, une logique absolue ne saurait se plier aux exigences des lieux, aux mœurs, aux habitudes des hommes. A combien de dangers n'aurait-on pas exposé les tiers si l'on eût appliqué ri-

Digitized by Google

goureusement la règle des statuts personnels pour apprécier la capacité des femmes, alors qu'il eût été souvent impossible de découvrir le pays dont la loi devait être appliquée? On crut donc se mettre à couvert en décidant qu'on devrait se guider par la coutume du lieu où la femme aurait son domicile, au moment de son obligation. C'était prudent et sage, il faut le reconnaître; c'était d'ailleurs la conséquence de la féodalité qui avait rendu la loi territoriale. Ce pas étant fait, il n'y a rien d'étonnant à rencontrer une autre décision de la même nature, une violation identique de la loi personnelle dans une matière qui pouvait se plier plus facilement aux règles des statuts réels, par cela seul qu'elle portait accessoirement sur des biens à situation fixe [1].

On comprend donc la solution admise par la jurisprudence dans un pays soumis à une infinité de lois très-diverses; il aurait fallu, pour juger de la validité des donations ou autres contrats intervenus entre époux, trouver sur le lieu même de la situation des biens, des hommes d'une science très-étendue, qui auraient pu apprécier la capacité des époux d'après leur propre coutume; quels magistrats aurait-on trouvé en tous lieux, réunissant cette étendue de connaissances? On crut donc plus simple et plus juste de leur permettre de se prononcer avec indépendance et connaissance de cause, d'après les lois et coutumes de leurs pays.

Telle fut la législation coutumière. Contrairement aux principes, et par une exception généralement admise, une disposition essentiellement personnelle, lorsqu'on la considère attentivement, fut appliquée comme loi réelle, pour le plus grand avantage de tous, et cela avec tant de bonne foi que de bons esprits, des jurisconsultes dont la doctrine est partout respectée, les qualifièrent *statuts réels*.

Il est temps d'arriver au Code Napoléon, et de clore enfin cette dissertation sur une question qui paraissait devoir se résoudre avec tant de facilité.

Le Code Napoléon a donné à la France une législation uniforme, et s'inspirant des craintes de la législation des anciennes coutumes, il a voulu protéger efficacement les époux, leur enlever tout moyen de se faire des donations irrévocables ou qui dé-

[1] La fortune mobilière n'avait alors presque aucune valeur. Pour les meubles d'ailleurs on avait dû faire comme pour l'obligation de la femme déclarée incapable par le sénat.-consul. Velleius, et l'on suivait la loi du domicile.

Digitized by Google

passeraient la quotité disponible; mais plus libéral que quelques coutumes qui prohibaient tous contrats entre les époux, il n'a cru nécessaire de défendre en principe que la vente, qui mieux que tous autres contrats pouvait favoriser la fraude, et même il a permis la vente exceptionnellement dans les cas où la fraude lui paraissait impossible. Par suite l'échange demeure permis, et pourquoi n'en aurait-il pas été ainsi? cet acte peut-il contenir une donation déguisée? Le Code a donc pris un milieu entre la législation romaine et la législation coutumière. D'un côté, ce n'est plus par exception et lors seulement qu'il est prouvé qu'elle déguise une donation, que la vente est prohibée entre époux; c'est en principe et par une règle générale; — d'un autre côté, c'est la vente seule qui est prohibée d'une manière générale entre époux, et non pas tous contrats, comme le voulaient les coutumes. Ce terme moyen, cette restriction au droit coutumier faite par notre législateur vient confirmer encore cette vérité : qu'il n'y a aucun danger à ses yeux, même pour la paix du ménage, à ce que les biens de l'un des époux deviennent la propriété de son conjoint par échange, par exemple; qu'il n'est donc pas question d'une inaliénabilité relative; qu'on n'a voulu prohiber que ce qui pouvait déguiser plus facilement une libéralité irrévocable, par conséquent mettre en garde les époux contre des surprises, des violences, des obsessions de tous les jours; qu'on n'a voulu, en un mot, dans ce but, que créer une incapacité relative. D'ailleurs les exceptions que contient l'article 1595 lui-même viennent fournir de nouveaux éléments de preuve. La vente se trouve permise dans trois cas dans lesquels la loi des donations ne pouvait être violée. « Pourquoi, disait M. Grenier au Tribunat, pourquoi dans ces trois cas aurait-on interdit une vente entre des époux? Comme ces créances sont légitimes et exigibles, il serait injuste d'empêcher une libération par la voie de la vente. Il serait dur pour des époux d'être forcés de vendre leurs biens à des étrangers, pour se faire respectivement raison de leurs droits, et de se priver de la douceur de les conserver pour eux et pour leurs enfants, quel que soit celui d'eux sur lequel la propriété réside. » Il ne peut donc être question d'inaliénabilité, il ne s'agit que d'incapacité.

Cette vérité, que nous avons faite déjà si claire et si manifeste, s'illumine d'un nouveau jour par des considérations extérieures

Digitized by Google

en quelque sorte, et non plus de raisonnement et de principe.

Quelle est la place qu'occupe l'article 1595 dans le Code Napoléon? — Deux chapitres existent au titre de la vente, l'un à côté de l'autre, intitulés, l'un : Ch. II. *Qui peut acheter et vendre;* — l'autre : Ch. III. *Des choses qui peuvent être vendues.* — Ces deux rubriques sont une application bien évidente de la distinction établie entre les statuts personnels et les statuts réels. Si la prohibition de vendre entre époux est un statut réel, sous quelle rubrique doit-elle être placée? Évidemment dans le chap. III, *des choses qui peuvent être vendues.* On est sûr, en effet, que dans ce chapitre ce sont les choses, les biens que le législateur a eu en vue spécialement et principalement; c'est là qu'il a voulu poser des lois réelles. Comment se fait-il cependant que ce soit sous la rubrique des statuts personnels, du chap. II, *qui peut acheter et vendre*, dans le chapitre qui ne résout que des questions de capacité? La raison en est que cette disposition est un statut personnel elle aussi, que le législateur l'a considérée comme telle, et en cela il était d'accord avec la logique des principes plutôt que la législation coutumière.

Remarquons enfin que ce n'est pas sans réflexion que l'article 1595 a été placé dans le chap. II, car M. Faure, au Tribunat, s'exprimant très-clairement sur cette incapacité des époux, la compare à l'incapacité des mineurs et interdits, pose le principe en vertu duquel des exceptions à la règle ont été admises pour les cessions qui, « fondées sur des droits incontestables, sont à « l'abri de tout soupçon d'avantage indirect. » Et puis, pour arriver à d'autres incapacités, il s'exprime ainsi : « Le projet ne « borne point les cas d'*incapacité* à ceux qui viennent d'être « rappelés, etc. »

Il demeure donc établi que la prohibition de vente entre époux édictée par l'article 1595, est une disposition de statut personnel, elle suit donc les époux français en pays étranger, et la vente faite soit en France soit à l'étranger de biens situés hors de France dans un pays qui n'aurait pas prohibé la vente entre époux, serait frappée de nullité par application des articles 3 et 1595 du Code Napoléon.

J. BAUBY,
Avocat, docteur en droit.

Digitized by Google

JUSTICE DE PAIX. — FEUILLE D'AUDIENCE NON SIGNÉE. — MOYEN D'Y REMÉDIER.

Si un juge de paix est dans l'impossibilité de signer une ou plusieurs minutes des jugements qu'il a prononcés, quelle marche doit-on suivre pour faire régulariser ces jugements?

Cette question, très-rare dans la pratique, offre de sérieuses difficultés. La loi ne l'a prévue nulle part. Ce n'est donc que par voie d'induction et d'analogie qu'elle doit être résolue.

Je crois que *si le juge de paix se trouve dans l'impossibilité de signer une feuille d'audience, après avoir prononcé le jugement, il doit en être référé par toute partie intéressée, ou par le procureur impérial au tribunal de première instance de l'arrondissement, ou à la Chambre de ce tribunal que tient le président. Le tribunal peut alors, suivant les circonstances, et sur les conclusions par écrit du procureur impérial, autoriser soit un des suppléants de la justice de paix, soit le juge de paix du canton le plus voisin à signer la minute.*

Mais cette solution n'est point la seule qui ait été proposée, et je veux étudier les autres avant d'établir celle que j'adopte.

I

La Chancellerie consultée sur cette question a répondu (*lettre ministérielle* du 21 juin 1837) que *les parties devaient nécessairement provoquer une nouvelle appréciation des faits litigieux par le juge de paix nouveau, et faire rendre un nouveau jugement.*

Dans ce système, un jugement non signé par le juge de paix n'est qu'un simple projet, sans aucun caractère authentique, et par conséquent on ne peut l'invoquer.

Le juge de paix d'un canton voisin, ou l'un des suppléants du magistrat décédé, ne peuvent valider une appréciation qui leur est étrangère, et dont les motifs leur sont entièrement inconnus.

Mais la base de cette argumentation me paraît essentiellement vicieuse.

S'il est vrai qu'un jugement non signé par le juge de paix n'ait point encore de caractère authentique en la forme, il n'est

Digitized by Google

point vrai en retour qu'il ne soit qu'un simple projet, et qu'on ne puisse l'invoquer.

Ce qui fait le jugement, c'est sa prononciation, et non sa transcription. Le jugement écrit n'est que la constatation du jugement prononcé. Cela est si vrai que journellement on exécute des jugements avant toute transcription : ainsi dans les Cours d'assises, des arrêts d'incidents : ainsi devant les tribunaux, un jugement qui ordonne l'audition de parties présentes à l'audience : ainsi dans les justices de paix, le jugement en vertu duquel le magistrat ordonne une descente de lieux, et l'exécute quelquefois immédiatement. C'est en vertu de ce principe que la Cour de Grenoble, arrêt du 29 mai 1834. S. D., 34, 2, 514. D. P., 36, 2, 99, a jugé que la validité d'un jugement est indépendante de la signature du président, qui n'est exigée que pour en constater l'existence : que la preuve de cette existence peut résulter de l'exécution que les parties ont donnée au jugement.

Cela est si vrai encore que la loi s'est approprié ce principe dans les articles 38 et 74 du décret organique du 30 mars 1808, en ce qui concerne les Cours impériales et les tribunaux de première instance, et a décidé qu'un jugement prononcé, mais non signé, tiendrait et vaudrait moyennant l'accomplissement de certaines formalités qui n'ont point trait directement à son existence.

C'est qu'en effet il serait souverainement injuste d'enlever aux justiciables le bénéfice de jugements prononcés à leur profit, parce qu'une circonstance toute fortuite s'oppose à l'accomplissement de l'une des formalités qui ont pour objet d'en constater l'existence. Or, comment cela serait-il injuste devant les juridictions supérieures, et ne le serait-il pas devant les justices de paix?

Supposez le juge actuel saisi d'un examen nouveau des faits litigieux. N'y a-t-il pas d'abord, pour la dignité de la justice, quelque chose qui blesse à susciter ce conflit d'opinions entre deux magistrats qui, du même siége, sur les mêmes faits, entre les mêmes parties, jugeront peut-être d'une manière différente? Je puis dire, pour l'avoir vu dans la pratique, que le magistrat, à qui l'on impose un tel devoir, ne l'accepte qu'avec répugnance; et c'est déjà une garantie fort équivoque de l'indépendance de son jugement. Que s'il passe outre, et ose contredire l'avis émis par son prédécesseur, quelles ne seront pas les plaintes du premier gagnant? N'avait-il pas un droit acquis, l'autorité de la chose jugée? Et par un fait qui lui est étranger sans faute, sans

Digitized by Google

négligence de sa part, il s'en trouvera dépossédé? A tous les autres degrés de juridiction, la loi protége le plaideur contre ce résultat inique. En justice de paix, au contraire, elle l'en accablerait. Pourquoi donc créer une telle anomalie?

Mais l'instruction ministérielle objecte que le jugement non signé n'a point de caractère authentique. Cela est vrai, mais c'est présisément ce caractère qu'il s'agit de lui donner, ce dont on cherche les moyens.

Elle ajoute que le juge de paix d'un canton voisin, ou le suppléant du juge de paix décédé, ne peuvent valider une appréciation qui leur est complétement étrangère, et dont les motifs leur sont même entièrement inconnus. Je le penserais ainsi, s'ils devaient lui donner l'existence : mais on oublie qu'il s'agit seulement de constater cette existence. Or cette constatation peut se faire par tous moyens légaux, et une fois faite, le nouveau magistrat n'a d'autre mission que de le déclarer. N'est-ce point d'ailleurs, aux termes du décret de 1808, ce qui se passe devant les tribunaux supérieurs? et le contraire ne serait-il pas un véritable déni de justice?

Il me semble donc, après mûr examen, que ce premier système ne peut soutenir la discussion.

II

M. Carré, dans son *Traité des justices de paix*, n° 2,759, enseigne que *le greffier devrait signer seul, en déclarant que le juge de paix n'a pu le faire et pour quelle cause. Il préviendrait ensuite le procureur impérial, qui s'assurerait du fait au moyen d'une enquête.*

Ce moyen ne me paraît avoir qu'un avantage, celui d'une grande simplicité.

Sans déplacement considérable, sans grande solennité, on arriverait ainsi à compléter l'acte défectueux. Mais cette raison n'est pas toujours suffisante. Ce n'est pas en vain que la loi sème d'entraves certaines procédures délicates. Ces entraves sont à ses yeux des garanties plus sérieuses de la sincérité des résultats.

L'espèce que nous examinons a des analogues prévus par la loi. Pourquoi ne pas s'y reporter?

Remarquons qu'il s'agit ici d'une des formalités les plus graves

Digitized by Google

de la procédure, la consécration de l'authenticité des jugements. Or, comment conférer à un greffier le droit de consacrer cette authenticité par sa signature, lorsque la loi le lui refuse positivement en exigeant parallèlement à cette signature, et même avant elle, celle du juge? lorsqu'elle n'attache même pas au défaut de cette signature la sanction de la nullité du jugement. Paris, 26 avril 1830, S. V., 30, 2, 217. D. P., 30, 2, 190. Lyon, 1er juillet 1834. S. V., 2, 200. D. P., 35, 2, 85. Et ce n'est passeulement une règle de convenance hiérarchique que j'invoque. Si la loi ne s'est pas contentée de la signature du greffier, c'est qu'elle a compris que ce fonctionnaire, transcripteur du jugement prononcé par le tribunal, pouvait bien ne pas offrir toujours les garanties nécessaires d'expérience et de savoir, peut-être même d'indépendance et d'inflexible probité, pour certifier d'une manière irrécusable l'identité du jugement prononcé et du jugement transcrit.

Ces raisons disparaissent-elles parce que le président ou le juge ne peuvent pas signer l'acte? Non évidemment. On allègue qu'il s'agit ici d'un cas exceptionnel. Mais sa rareté ou sa fréquence ne détruisent pas la force des arguments produits. On parle bien, il est vrai, d'une enquête faite par le procureur impérial. Que garantira donc cette enquête? qu'il y a eu jugement prononcé, et que la minute n'a pu être signée. Mais garantira-t-elle suffisamment et autant que faire se peut, que la transcription opérée par le greffier est bien celle du jugement prononcé par le juge, est bien sa reproduction exacte, littéralement et intentionellement, — ce que devait attester souverainement la signature du juge? Je ne le crois pas.

Nous verrons plus loin que quand il s'agit d'un jugement de première instance, la Cour d'appel peut, *suivant les circonstances*, refuser d'autoriser un juge du tribunal à signer la minute imparfaite. Dans quels cas? son appréciation n'est pas limitée. C'est qu'en effet il peut résulter pour la Cour de l'enquête à laquelle elle procède, de l'examen des faits, de leur comparaison avec la teneur de la feuille d'audience, que le jugement représenté n'a pas pu être prononcé. Alors elle refuse de donner ce que j'appellerai son exequatur.

N'en peut-il pas être de même pour un jugement de justice de paix? Certainement. Or cette appréciation doit-elle ressortir inévitablement d'une enquête, quelque scrupuleuse qu'elle soit?

Digitized by Google

Point, ou fort rarement dans le système de M. Carré, puisque cette enquête faite par le procureur impérial, n'a qu'une fin, celle de constater que le juge n'a pu signer, et la cause de cet empêchement.

Je pense donc que les mêmes raisons qui ont porté le législateur à ne point se contenter de la signature du greffier à l'ordinaire, s'opposent à ce qu'elle soit regardée comme suffisante dans le cas exceptionnel dont s'agit.

Ajoutons d'ailleurs que rien dans la loi n'autorise directement ni indirectement à donner à cette signature une telle autorité. En outre aucun texte n'autorise davantage à permettre que le procureur impérial, seul, procède à une enquête qui, bien ou mal dirigée qu'elle serait, aboutirait en fait à faire statuer par ce magistrat, seul, sur le mérite du jugement.

Je rejette donc le système de M. Carré, parce qu'il ne s'appuie ni sur le texte, ni sur l'esprit de la loi, et qu'il confère au greffier et au procureur impérial des pouvoirs qui excèdent les bornes de leur capacité légale.

III

Un troisième système est celui-ci : *La partie qui a gagné doit s'adresser au tribunal de première instance qui entend l'adversaire, le juge de paix, si c'est possible, et son greffier, vérifie la feuille d'audience, et ordonne, s'il y a lieu, l'expédition du jugement sur la signature qu'y apposerait soit le suppléant du juge de paix, soit le juge de paix du canton le plus voisin. Le jugement du tribunal doit être joint à la sentence du juge de paix, et relaté dans l'expédition qui en est délivrée.*

Ce système est celui de M. Merlin (*Répertoire*, v° *signature. Aux Additions*, t. XVIII, p. 555) et de M. Chauveau sur Carré (n° 85 *ter*). Il a été adopté par un arrêt de la Cour de Nismes du 4 février 1846.

Est-il celui de la loi ? De tous points, en principe. En effet, l'article 74 du décret du 30 mars 1808, porte : « Si les feuilles d'une ou plusieurs audiences n'avaient pas été signées dans les délais, et ainsi qu'il est prescrit par les articles 36 et 37 du présent règlement, il en sera référé par le procureur général à la Cour d'appel devant la Chambre que tient le premier président.

Digitized by Google

Cette Chambre pourra, suivant les circonstances, et sur les conclusions par écrit de notre procureur général, autoriser un des juges qui ont concouru à ces jugements à les signer. » Il s'agit ici des jugements de première instance.

L'article 38 dispose de même pour les arrêts de Cour d'appel.

Il est vrai que dans les cas prévus par les articles 38 et 74, la feuille d'audience doit être signée par un des juges qui ont concouru au jugement, et qu'ici le juge de paix a rendu seul son jugement.

Mais il est évident que cette objection n'attaque pas le principe de la loi, et la jurisprudence l'entend comme nous. C'est ainsi que la Cour de Paris a jugé, le 10 novembre 1838, que lorsque tous les juges qui ont concouru à un jugement dont la minute n'est pas signée sont décédés, la Cour royale peut, si l'existence et l'authenticité du jugement sont établis, autoriser un juge qui n'y a pas concouru à signer la minute. C'est une déduction juste et légitime de la loi, et elle nous place dans une hypothèse tout à fait analogue à celle qui nous occupe, puisque dans les deux cas, le rédacteur collectif ou unique du jugement n'existe plus.

Ainsi, droit de compléter la feuille d'audience incomplète, attribution de ce droit à la juridiction immédiatement supérieure à celle du tribunal dont le jugement est en question, voilà les principes posés par l'article 74 précité.

Cela dit, ne voyons-nous pas qu'il y a identité complète entre le cas prévu par l'article 74 et celui qui nous occupe ? Que dès lors il y a mêmes motifs de décider dans tous les deux ? Que les mêmes principes doivent conduire aux mêmes conséquences ?

Et ne pouvons-nous pas remarquer ici combien le système de M. Carré est en contradiction avec ces principes, combien il s'éloigne de la loi ? Objectera-t-on à celui de M. Merlin que la loi n'a pas parlé spécialement des jugements de justice de paix, mais seulement de ceux de première instance ? Cela est vrai, mais s'il en était autrement, il n'y aurait pas question. Le législateur ayant eu le tort de garder le silence sur ce point, quel est le mode le meilleur, le plus légal d'y suppléer ? Voilà la seule et véritable question. Or la réponse ne peut être douteuse. Dès lors que, dans la loi, nous rencontrons des dispositions portées en prévision de faits complétement analogues, et même tellement identiques qu'il n'est pas possible d'y voir au fond une seule dissemblance, quel motif aurions-nous de ne pas nous emparer de ces

Digitized by Google

dispositions pour résoudre notre doute ? Je crois donc que la solution proposée par M. Merlin doit être suivie en principe.

IV

Mais je la crois mal ou plutôt incomplétement formulée. M. Merlin confère à la partie seule qui a gagné son procès, le droit de demander au tribunal la rectification de la minute. Mais pourquoi à elle seule ? L'article 74 dont ce jurisconsulte s'est évidemment inspiré donne ce droit au procureur impérial. Le motif de cette disposition ne peut être douteux. La régularité et l'authenticité des actes judiciaires n'est point une question d'intérêt privé. Elle intéresse la société tout entière. Les décisions de la justice sont le fondement de presque tous les droits qui relient entre eux les membres de la société. La moindre confusion, la plus petite incertitude, introduites ou tolérées systématiquement dans les archives de ces décisions, amèneraient bientôt de graves dangers pour tous les intérêts. C'est donc avec raison que la loi de 1808 a donné au ministère public le droit de provoquer d'office les rectifications dont s'agit. Et c'est à tort que M. Merlin lui dénie ou paraît lui dénier ce droit. Je formule donc ainsi mon opinion, comme je l'ai fait en tête de ce travail :

Si le juge de paix se trouve dans l'impossibilité de signer une feuille d'audience, après avoir prononcé les jugements, il peut en être référé par toute partie intéressée, et il doit en être référé par le ministère public au tribunal de première instance de l'arrondissement, ou à la Chambre de ce tribunal que tient le président. Le tribunal pourra, suivant les circonstances, et sur les conclusions par écrit du procureur impérial, autoriser, soit un des suppléants de la justice de paix, soit le juge de paix du canton le plus voisin, à signer la minute.

Mes conclusions ne sont pas littéralement les mêmes que celles de MM. Merlin et Chauveau. A l'enquête et à la vérification indiquées par eux, je substitue l'action illimitée du tribunal et un droit d'appréciation plus large résultant de ces mots : « suivant les circonstances. » J'emprunte les mots ainsi subtitués au décret de 1808, comme je lui ai emprunté contre M. Merlin l'intervention du ministère public.

Il est une dernière observation que je veux présenter. Tout

Digitized by Google

système soulève son objection, et l'on a dit du nôtre : « Si le tribunal, usant du droit d'appréciation que vous lui conférez, refusait d'autoriser la signature de la feuille d'audience imparfaite, quel recours resterait aux parties intéressées contre ce vice de forme qui anéantit leurs droits ? Et s'il ne leur en reste aucun, votre système n'est-il pas incomplet et défectueux comme ceux que vous critiquez ? » Cela est vrai, mais l'objection, qu'on le remarque bien, s'attaque à tous les systèmes. Celui que je soutiens n'a pas la prétention, en cette matière, d'être un remède universel. Il n'a que le mérite d'être plus juridique que tous les autres, et de mieux assurer aux justiciables la sauvegarde de leurs droits. Il est plus juridique, car c'est celui de la loi même, abaissé seulement d'un degré dans l'ordre des juridictions. Il assure mieux le droit des justiciables. Que peuvent-ils, en effet, demander à la loi ? De leur donner le plus de garanties possible, toutes celles que la justice des hommes peut avouer et mettre en œuvre.

Eh bien ! que l'on compare. Est-ce le système de l'instruction de 1837 qui offre contre ce défaut de signature des voies de réparation? Loin de là, il les interdit toutes. Refuser, comme il le fait, de statuer sur une difficulté qu'il n'examine même pas, c'est, ou je me trompe, commettre un véritable déni de justice.

Je n'en puis dire autant de M. Carré, il est vrai. Mais, sans parler des autres vices relevés dans son système, peut-il comparer les garanties qu'offre le concours d'un greffier de justice de paix et du procureur impérial à celles qu'assure l'examen de ce même magistrat contrôlé, soutenu, fortifié par l'examen de tout un tribunal ?

C'est dans ces limites, les seules véritables, qu'il faut renfermer toute discussion sérieuse, sans s'arrêter à une objection que nous n'avons voulu relever que pour ne pas paraître l'ignorer.

Ce travail était préparé depuis longtemps, lorsque j'ai trouvé dans la *Gazette des tribunaux* du 7 avril 1853 un jugement du tribunal de la Seine, en date du 21 juillet 1852, qui consacre dans *toutes les parties*, le système que je viens d'exposer. Je ne pouvais l'appuyer sur une autorité plus considérable.

AMB. VENTE,
Substitut à Beauvais.

Digitized by Google

DE L'INFLUENCE DE DUMOULIN SUR LA LÉGISLATION FRANÇAISE.

PREMIÈRE PARTIE.

DE L'INFLUENCE DE DUMOULIN SUR LA LÉGISLATION EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE I. — Introduction.

Le XVIe siècle de notre histoire présente le singulier contraste d'une époque où l'esprit humain lutte et fonde à la fois, combat et organise en même temps. A voir la hardiesse des idées qui surgissent, le chaos des opinions qui se font jour, la mêlée des intérêts politiques et religieux qui s'entre-choquent, on dirait que le monde va s'abîmer dans un épouvantable cataclysme ; et cependant le siècle des tempêtes donne naissance aux principes sur lesquels reposent aujourd'hui, pour la plupart, les combinaisons de la science, les règles du droit, les bases de la civilisation.

L'activité de l'esprit humain prend, à cette époque, une force d'expansion à laquelle rien ne peut résister. C'est un besoin de nouveauté qui le poursuit sans cesse, une curiosité qui le presse sans relâche, une manie de critique et d'examen qui lui fait attaquer de front tout ce qu'il s'était jusqu'alors habitué à respecter, qui le pousse à scruter tout ce qui lui est supérieur, à ne rien laisser enfin dans le monde qu'il n'ait exalté de sa louange ou flétri de son blâme.

Jeté ainsi hors des voies ordinaires, il ne reconnaît plus de bornes, et, dans la fièvre de ses emportements, il est peu de principes religieux, politiques, littéraires ou scientifiques, qui échappent à ses attaques. Le pape est discuté sous la tiare, les rois sont inquiétés sur leur trône, Aristote voit son autorité méconnue dans l'école, Bartole, sa voix méprisée dans l'Université ; la controverse est engagée partout, entre toutes les doctrines, toutes les passions, tous les intérêts.

Il faut un appât à cette fièvre de l'intelligence humaine ; l'antiquité se présente, à peine échappée aux ruines fumantes de

Digitized by Google

Constantinople : il faut un objet à cette curiosité inquiète de l'esprit ; les querelles religieuses lui ouvrent leurs abîmes sans fond ; et, de cette double source, on voit jaillir successivement la renaissance et la réforme.

C'est un étonnant spectacle que celui qui s'offre aux regards pendant cette époque.

D'un côté, la passion des arts fouille les ruines de l'antiquité ; chaque débris de ces monuments qui gisent dans la poussière cache un secret qu'elle veut découvrir ; chaque statue, chaque colonne est marquée d'un caractère sacré qui la rend inviolable. Rome, le centre du pouvoir religieux, devient le centre du mouvement artistique : le pape, chef de la chrétienté, est le protecteur-né des grands hommes ; l'Italie vient de renaître à la gloire.

La science fouille les bibliothèques, exhume les richesses du monde romain, comme l'art a découvert les trésors du monde grec, et se fait un patrimoine qu'elle ne veut tenir que de ses propres labeurs. La poésie, sortant des sentiers battus où elle se traînait aux siècles précédents, s'anime au grand spectacle des événements de l'époque. Shakspeare immortalise, pour l'honneur ou pour la honte, la race entière des rois de son pays ; Tasse livre à l'admiration de l'univers la gloire chevaleresque des héros de l'Italie ; et Camoëns grave en traits ineffaçables, dans les souvenirs de sa patrie, les découvertes dont elle a étonné le siècle précédent, en reculant les bornes du monde. La poésie devient nationale.

Le génie règne en maître sur la terre ; le palais des rois s'ouvre à son approche ; les Médicis le placent à leurs côtés sur le trône, et Rome dépose ses dépouilles mortelles au Panthéon, au rang des dieux de l'antiquité. Charles-Quint ne croit pas abaisser la majesté impériale à relever le pinceau du Titien, Marot est l'ami de François Ier, et la mort arrête Tasse sur les degrés du Capitole.

D'un autre côté, la lutte brûlante des controverses religieuses embrase l'Europe entière, livre l'Allemagne aux déchirements des querelles intestines et la France aux horreurs de la guerre civile, soumet l'Angleterre aux caprices de l'orgueil et de la débauche couronnés, et la Suisse aux fantaisies d'un utopiste quinteux et atrabilaire. La pensée humaine s'arrache aux entraves de la scolastique, et reprend possession de l'univers. Dans le premier essor de sa liberté, elle semble vouloir tout embrasser, et

Digitized by Google

marche, sans guide ni frein, jusqu'aux limites extrêmes du possible. Luther, l'adversaire déclaré de l'autorité religieuse, étonne le monde par l'audace de ses attaques, et, brisant les liens qui retenaient l'anarchie enchaînée, lui ouvre les voies sans bornes du doute et de l'examen. L'Europe entière s'y précipite après lui, et les anabaptistes, les fils de sa doctrine, effrayent l'Allemagne du débordement de leurs passions et des horreurs de leur despotisme.

Tout ce siècle est un siècle de luttes et de combats : luttes de plume et d'épée, combats des intelligences que viennent appuyer les combats des armées ; le pape ou Luther, Rome ou Wittenberg, voilà le cri de guerre de l'époque. L'Europe se divise en deux camps, la guerre politique suit la guerre religieuse, et le fiel et le sang coulent à flots.

Tel est le monde au milieu duquel est jeté Dumoulin. Il naît avec le siècle qu'il doit remplir de son nom ; et quand, en 1522, il sort de l'école, après avoir étudié le droit à Orléans et à Poitiers, la réforme vient d'allumer en Allemagne un immense incendie ; François Ier engage avec Charles-Quint une lutte de géants ; l'Angleterre sent tressaillir dans son sein le germe des discordes civiles ; l'Italie couronne de fleurs ses peintres et ses poëtes ; partout enfin, de quelque côté qu'on se tourne, c'est un mouvement inconnu des époques précédentes ; et jamais siècle, à son aurore, ne s'est levé sous de semblables auspices.

A son début dans la carrière, Dumoulin plaide au parlement de Paris où Jean Dumoulin, son père, était avocat, échoue et se retire. Un défaut de prononciation le rendait désagréable aux procureurs et aux plaideurs, gens, au surplus, suivant l'observation de Mornac, assez peu experts pour apprécier le mérite d'autrui. *Linguâ nonnunquam hæsitabat, itaque et litigantibus eorumque procuratoribus displicebat, ineptis plerumquè alienæ industriæ judicibus*[1].

Le repos d'une vie oisive était impossible à l'âme ardente de Dumoulin ; l'arène des discussions politiques et religieuses s'ouvrit devant lui, il s'y jeta tout entier. Il ne pouvait suivre le roi sur les champs de bataille, il résolut de combattre pour le roi dans le champ des controverses. Il fut *légiste*.

[1] Mornac, *Caroli Mol. vita*, cité par Brodeau, *Vie de Dumoulin*, en tête de ses œuvres (édition en cinq vol. in-fol.).

Digitized by Google

La France se trouvait alors, au point de vue des institutions politiques, dans une position toute spéciale.

La royauté venait de sortir victorieuse de la lutte qu'elle avait soutenue pendant cinq siècles contre la puissance féodale ; lutte acharnée, comme le sont toutes les luttes politiques et sociales, et qui ne pouvait se terminer que par l'extinction de l'un ou l'autre des partis ; lutte terrible dans laquelle on combattait, de la part de la royauté, pour reprendre des droits qu'on disait usurpés, de la part de la féodalité, pour conserver des priviléges qu'on prétendait acquis ; lutte suprême dans laquelle se jouaient les destinées de la civilisation française.

Victorieuse au XVIe siècle, la royauté avait conquis la civilisation ; mais, par une conséquence nécessaire dans cette lutte où l'on voulait substituer l'unité aux divisions, un principe nouveau à des principes anciens, la victoire acquise dans les faits ne l'était pas pour cela dans les institutions ; acquise même dans l'esprit public, il fallait qu'elle s'organisât dans la législation, et qu'on posât enfin les bases sur lesquelles devait, à l'avenir, reposer l'autorité.

A l'égard du pouvoir religieux, la royauté française était sur un pied de guerre ; l'orage, apaisé quelque temps par les intérêts politiques, grondait sourdement, et n'attendait qu'un signal pour éclater. L'antagonisme, d'ailleurs, était inévitable entre la monarchie, d'une part, qui voulait s'organiser indépendante de toute autre puissance, et Rome, de l'autre, à qui l'organisation sociale des siècles précédents avait donné sur le sol français des droits certains, des priviléges acquis.

Comme intermédiaire dans cette double lutte de la royauté contre la féodalité et l'Eglise, se plaçaient les légistes, soutiens fidèles, depuis plus de trois siècles, de la nationalité française.

Nés au XIIe siècle dans les écoles de l'Italie, on les avait vus en France, au XIIIe, saper, sous le nom de saint Louis, la féodalité dans ses bases, substituer le droit à la violence, la loi au fait brutal, proclamer que *bataille n'était pas voie de droit*, abolir les duels, proscrire les guerres privées, faire du roi le *grand justicier* de son royaume, armer enfin contre le pouvoir féodal la haine du peuple, en lui montrant dans la royauté un point d'appui contre la tyrannie des seigneurs.

On les avait vus encore, à travers le XIVe et le XVe siècles, arracher peu à peu le vassal à la domination du seigneur, effacer

Digitized by Google

au front du peuple les signes infamants de l'esclavage féodal, détruire la mainmorte, étendre à la femme roturière les droits réservés d'abord à la femme noble, enlever à la féodalité les attributs souverains, et prêcher partout un affranchissement qu'ils savaient habilement exploiter au profit du pouvoir royal.

Les premiers dans les conseils du roi, les premiers au parlement, ils se sont emparés de la justice, ils en ont chassé les seigneurs, ils ont ressuscité les assemblées de la nation, pour s'en faire une arme contre le pouvoir féodal; en un mot, la guerre que le roi soutient au grand jour avec ses chevaliers, ils la soutiennent dans l'ombre avec le secours puissant de la logique et du droit.

Au XIVe siècle, vous les trouverez en guerre ouverte avec Rome, accusant le pape dans les Etats du royaume parce qu'il élève la voix pour protéger le peuple qu'ils écrasent d'impôts arbitraires, le condamnant de leur propre chef à la prison, et l'insultant sur son trône, comme pour exécuter leur dérisoire sentence.

Au XVe siècle, vous les verrez dictant la *pragmatique* de Bourges, premier essai d'une religion nationale, qui veut briser avec Rome tous les liens d'union temporelle, et ne lui accorder, sur le sol de France, qu'un droit de dogme, si l'on peut parler ainsi.

Quand s'ouvre le XVIe siècle, ils ont mis le sceau à leur conquête dans l'ordre politique et dans l'ordre religieux; les parlements couvrent le pays de leur esprit et de leurs tendances; l'Université enseigne et prêche leurs doctrines; le barreau les pratique, et Louis XI, le roi légiste, vient de placer leur politique sur le trône.

Une nouvelle carrière s'ouvre alors, devant eux, avec le siècle qui commence. Ce n'est plus une œuvre de destruction et de combats qu'il faut entreprendre, mais un travail d'organisation. Aussi les légistes qu'on voit, aux époques précédentes, battre en brèche la féodalité de l'Église, sans autre but avoué que celui de renverser tous les obstacles qui se dressent en face de la royauté, prennent-ils, au XVIe siècle, un caractère nouveau. Ils attaquent bien toujours, mais ils attaquent pour édifier sur les ruines dont ils jonchent le sol, et l'on peut dire qu'ils déblayent le terrain pour bâtir plus aisément. Alors surgissent les théories politiques qu'on chercherait en vain dans les siècles précédents;

Digitized by Google

les principes se dégagent des événements ; l'autorité du fait accompli ne suffit déjà plus au pouvoir, en présence d'esprits qui le discutent et le contrôlent. Il lui faut, pour bases, des raisonnements et des idées dans un siècle où la controverse fait tout passer au creuset de la logique et du raisonnement.

Il y a là, on le comprend, un grand travail de régénération, et les hommes destinés à se trouver mêlés à ce mouvement sont de ceux dont le nom marquera dans l'histoire. Aux grandes choses il faut de grandes figures ; aux grands drames il faut de grands acteurs. François Ier, Léon X, Jules II, Dumoulin, noms immortels qui résument en eux leur époque.

Les légistes, dans notre histoire, composent une classe d'hommes adonnés aux études juridiques, qui, pendant plusieurs siècles, ont fait servir ces études à l'établissement et au maintien du pouvoir royal ; de telle sorte que, dans ces hommes, il y a toujours un double caractère, l'un juridique, inhérent à la nature de leurs travaux ; l'autre politique, résultant de l'impulsion qu'ils ont donnée à ces mêmes travaux.

Il y a deux hommes dans Dumoulin, le légiste et le jurisconsulte, qui se coudoient à chaque instant dans ses œuvres ; qu'il serait parfois malaisé de séparer, mais qui, le plus souvent aussi, se distinguent et se reconnaissent à des caractères particuliers. Il faut les étudier l'un après l'autre.

CHAPITRE II. — Dumoulin considéré comme légiste. — Lutte contre la féodalité.

I. *Le livre des fiefs.* — Dumoulin, comme légiste, avait en présence deux ennemis, la féodalité et l'Église. La féodalité était soumise dans les faits, il ne s'agissait plus que de l'asservir dans le domaine du droit ; il attaqua d'abord la féodalité.

Avant de descendre dans l'arène, et comme s'il eût fallu à cette mission toute spéciale une existence spéciale aussi, Dumoulin se créa une vie à part, surtout indépendante et libre [1]. Le mariage devait le distraire de son œuvre, il y renonça [2]. L'admi-

[1] Dumoulin, *Tractatus usurarum*, etc., n° 820, préface des *Annotations* sur les conseils d'Alexandre.

[2] Dumoulin, *Comment. sur les Décrétales*, can. *Non vos*, quest. *uxor* (can. XVII, quest. 20).

Digitized by Google

nistration de ses biens entravait la marche de ses travaux ; il les abandonna à son frère Ferry Dumoulin [1]. Pendant près de dix ans, on ne sait trop comment il subsiste ; seul, au fond de sa cellule, avec la féodalité qu'il évoque pour la combattre, il semble avoir oublié les nécessités de la vie ; il fait la guerre à ses propres frais, comme il le dit lui-même ; quand on vient lui réclamer des impôts, il s'indigne qu'on le tourmente, lui qui ne demande rien au roi pour le défendre contre les seigneurs, et l'hôtel de ville est forcé d'accorder une dispense de taxe à cet illustre indigent [2].

Dumoulin attaqua la féodalité dans le fort retranché de la coutume de Paris, au titre *des fiefs*. Sous le voile du commentaire, il porta dans son travail cet esprit de critique qui interroge chaque texte, moins pour l'expliquer que pour le confirmer ou le réformer au besoin ; aussi la pensée qui le conduisait perce-t-elle à chaque instant la forme dont elle s'est enveloppée, et, du sein de ces gloses, voit-on surgir une véritable organisation politique.

Son système peut se résumer d'un mot, l'unité. Il a pris pour devise cette maxime : *veritas omnia vincit*. La vérité pour lui, la vérité qu'il répand partout à flots, ce n'est autre chose que l'unité.

II. *Unité dans le pouvoir ; nature de l'autorité royale.* — Au sommet de l'édifice social, Dumoulin place la royauté et, pour lui assurer un impénétrable refuge, il fait du droit qui la régit, des pouvoirs qui lui sont conférés, un droit et des pouvoirs spéciaux, complétement séparés des principes ordinaires de la vie sociale, ayant une nature propre, une origine à part.

La féodalité repose, avant tout, sur le principe héréditaire, c'est par lui qu'elle jette dans le sol ses plus profondes racines. La royauté, écrit Dumoulin, repose sur la loi nationale, dont la loi du sang tient sa consécration. Le roi ne vient point au trône en vertu du principe d'hérédité, il puise ses droits dans la loi ; c'est d'elle, et non point des mains défaillantes de son père, qu'il reçoit le pouvoir suprême [3].

[1] Dumoulin, préface des *Annotations*, etc. *Fiefs*, § 8, gl. 5, n° 5.

[2] « Proh pudor! propriis stipendiis militantem tributis vexari. » Dumoulin, préface des *Annotations*, etc.

[3] Dumoulin, *Fiefs*, § 13, gl. 3, n°s 8 et 9. *Ex solâ lege à quâ solâ jus ac-*

Digitized by Google

La royauté est donc au-dessus du roi. Le roi, dès lors, n'en peut disposer, pas plus qu'un de ses sujets ne pourrait disposer de la loi, et, eût-il désigné pour lui succéder celui-là même que désigne la loi, son successeur ne viendrait pas au trône en vertu de cette disposition dernière, mais bien en vertu de la loi [1]. A plus forte raison ne pourrait-il pas, de sa propre autorité, faire renaître sur une souche étrangère sa famille éteinte; ce droit n'appartient qu'aux Etats du royaume [2].

Cette législation spéciale est monumentée dans une loi spéciale comme elle, la loi salique, qui est une loi propre à la royauté, née avec elle, la première et la plus ancienne des lois franques [3].

Voilà donc la féodalité sujette du roi, même à titre de puissance héréditaire; mais le principe ne suffit pas à Dumoulin; animé de l'esprit légiste, il est habitué à pousser jusqu'à l'extrême les conséquences d'un principe acquis.

III. *Étendue de l'autorité royale.* — La féodalité, de plus, est une puissance territoriale, le sol est sa base et sa vie; *nulle terre sans seigneur*, voilà sa devise, l'asservissement de l'homme par la terre.

A ce second principe, Dumoulin répond : le roi est le seigneur direct suprême de toutes les terres de son royaume; et au premier rang de ces terres, se placent les fiefs [4]. Et cette seigneurie directe suprême, poursuit-il, est de l'essence de la royauté, le roi ne peut ni l'aliéner, ni l'abdiquer; car il n'est pas le propriétaire de son royaume, il n'en est que l'administrateur, *non censetur dominus seu proprietarius regni sui, sed administrator* [5]; il a sur son royaume les mêmes droits qu'un mari sur la dot de sa femme, mélange juridique d'une propriété fictive et d'une inaliénabilité réelle.

Bien éloigné du système féodal, Dumoulin ne l'est donc pas moins de cette autre théorie du domaine absolu de la royauté sur toutes les terres du royaume, dont l'esprit de parti s'est fait

cipit, non à patre. Simplex successio, subrogatio primogeniti cui regnum debetur.

[1] Dumoulin, *Fiefs*, § 13, gl. 3, nº 8.

[2] Id., *Fiefs*, § 13, gl. 3, nº 9.

[3] Id., *Fiefs*, § 19, gl. 1, nº 21; § 41, gl. 2, nº 2.

[4] Id., *Fiefs*, § 3, gl. 4, nº 15.

[5] Id., *Fiefs*, § 3, gl. 4, nº 17.

Digitized by Google

une arme contre les légistes ; le domaine direct dont il parle ici n'est autre que le domaine éminent, la suzeraineté. Le roi n'est pas propriétaire, il est haut seigneur de ses États. Dumoulin précise encore : *Imò etiam supremus princeps non est fundatus in dominio rerum particularium, nec dicitur universalis dominus nisi quoad jurisdictionem et protectionem* [1].

En droit, l'organisation féodale reste debout, ombre du passé, rejetée au second plan par la royauté. Les seigneurs sont devenus les vassaux et les arrière-vassaux du roi, qui peut aller partout demander, par la seule force de son droit, un serment de fidélité. Présente, par la puissance même des principes, à tous les degrés de l'échelle féodale, son autorité supérieure peut délier les vassaux du serment qu'ils ont prêté à leurs suzerains ; car tous, barons, bourgeois et vilains, sont confondus à son égard dans une même égalité de soumission et de devoirs [2].

Si Dumoulin ne renverse pas la féodalité, s'il la prend seulement en flanc, il ne faut point l'accuser d'hésitation, un homme ne saurait faire seul l'œuvre du temps. C'est assez d'avoir jeté au milieu de la place un germe de mort, qui ne tardera pas à l'envahir tout entière.

La féodalité ainsi atteinte dans ses deux fondements, il n'y a plus désormais, en France, qu'une seule puissance, la royauté. Unité dans le pouvoir. A la royauté maintenant il faut tous les attributs de la souveraineté.

IV. *Attributs de la royauté.* — Le fief au xe siècle, à l'apogée de sa gloire, réunissait en lui tous ces attributs ; droit de guerre, droit d'impôt, droit de justice, il avait tout envahi. A partir du xiie siècle, époque à laquelle la lutte s'était engagée entre le pouvoir féodal et la royauté, celle-ci avait mis tous ses efforts à lui enlever un à un les pouvoirs constitutifs. C'était par le droit de justice qu'elle avait posé le pied dans le fief, c'était encore sur le terrain du droit de justice que la lutte était brûlante au xvie siècle. Le droit de guerre, le droit d'impôt lui avaient été promptement enlevés ; pour y parvenir, il suffisait à la royauté d'une force matérielle considérable. Le droit de justice devait être conquis avec d'autres armes, et le temps seul pouvait, sur ce point, assurer la victoire à la royauté.

1 Dumoulin, *Fiefs*, § 67, gl. 2, no 5.
2 Id., *Fiefs*, § 1, gl. 6, nos 12 et 13 ; § 3, gl. 4, nos 8 et 15.

Digitized by Google

Loyseau, un légiste contemporain de Dumoulin, rattachait les droits souverains à une triple puissance, le gouvernement, la justice et les finances. Il comparait ces trois pouvoirs aux trois fleurs de lis des armoiries de France. Les armes et la justice sont figurées, disait-il, par les deux premières fleurs de lis posées d'égale hauteur sur le blason royal. Quant aux finances, elles sont représentées par la troisième qui est au bas des deux autres, *comme n'estans si nobles, pour autant néantmoins que ce sont les nerfs de l'État*. La justice avait le premier rang aux yeux de Loyseau ; il l'appelait le plus *majestatif* des droits de la royauté [1]. Ainsi pensait Dumoulin.

V. *Droit de justice.* — La féodalité avait fait de la justice un pouvoir territorial et, à l'aide de ce principe, elle avait couvert le sol du vaste réseau de ses juridictions.

Le droit de justice, enseigne Dumoulin, est un des attributs élémentaires de la royauté ; il tient à son essence, elle ne saurait exister sans lui ; comme elle, il est placé hors du commerce [2]. Tous les sujets dans l'État sont donc forcément soumis à la justice royale, comme ils sont soumis à la royauté elle-même, sans acception de terres ni de personnes [3].

Le roi, représentant du pouvoir royal, est la loi innée, *id est lex animata à Deo hominibus demissa* [4] ; mais le droit de justice est l'apanage de la royauté et non du roi, l'attribut de la monarchie et non du monarque ; le roi n'en peut donc pas disposer, plus qu'il ne peut disposer de la royauté elle-même, en tolérant, par exemple, qu'un de ses sujets ose s'y soustraire [5].

Si le roi ne peut disposer du droit de justice, il peut le déléguer ; mais sa délégation, en quelques termes qu'elle soit faite, ne comprend nécessairement que l'exercice du droit, le domaine utile, et non le droit lui-même, le domaine éminent ; autrement, elle serait une véritable aliénation [6].

Dumoulin s'arrête longtemps à cette distinction qui fait la base de son système ; il y revient souvent, et son idée se représente sous mille formes diverses. La royauté est la tête, les diverses

[1] Loyseau, *Traité des offices*, chap. 1, n° 119.
[2] Dumoulin, *Fiefs*, § 1, gl. 5, n° 64 ; § 3, gl. 4, n° 16.
[3] Id., *Fiefs*, § 68, gl. 1, n° 3.
[4] Id., *Fiefs*, § 1, gl. 3, n° 6.
[5] Id., *Fiefs*, § 3, gl. 4, n° 18.
[6] Id., *Fiefs*, § 1, gl. 5, n° 49.

Digitized by Google

justices sont les membres; la tête ne peut vivre sans les membres, ni les membres sans la tête; retranchez la tête, que deviendra le corps [1]? Ailleurs il distingue, dans le droit de justice, la partie humaine, le côté par lequel il se rapproche de l'ordre physique, et la partie morale, le côté par lequel il touche à l'ordre intellectuel [2]. On sent qu'il y a là un principe fécond. Vous le verrez bientôt se développer.

Si le droit de justice est inséparable de la royauté, il suit de là qu'il n'est pas de l'essence du fief, que le fief est indépendant de la juridiction, comme la juridiction du fief, et qu'avant tout, pour établir son droit, il faut prouver la délégation sur laquelle seule il peut s'appuyer. Dans le doute, la juridiction est censée ne pas lui appartenir; car elle lui est hétérogène, et elle s'adresse toujours à la personne du délégataire, sans affecter en rien le territoire [3].

Où sont, devant ce principe, les justices seigneuriales? Où sont les justices territoriales?

Dumoulin ne se contente pas, toutefois, de battre la féodalité dans l'ordre des principes généraux, il va jusqu'aux conséquences. Les légistes sont peut-être, parmi les hommes, ceux qui ont poussé le plus loin en matière juridique les conséquences des faits acquis; ils sont hommes de résultats avant tout, et il n'est pas dans leurs habitudes de laisser une idée improductive.

VI. *Délégation du droit de justice.* — L'organisation féodale avait attribué au droit de justice trois degrés : la haute justice, *merum imperium;* la moyenne, *mixtum*, et la basse, *simplex jurisdictio.* A la première était réservée, avec la connaissance des affaires importantes, l'exécution des jugements criminels; de plus, comme elle participait de la puissance publique, elle s'était attribué des droits pécuniaires considérables, la succession des aubains et des bâtards, les épaves, les biens vacants en la justice et portions des trésors trouvés dans son enclave, les droits de ban, de voirie, de foires et marchés, etc. [4].

Quelle sera, à ce point de vue, l'étendue de la délégation du droit de justice faite par le roi à un seigneur? Si, dans l'acte qui

[1] Dumoulin, *Fiefs*, § 1, gl. 5, n° 49.

[2] Id., *Fiefs*, § 1, gl. 5, n°s 63 et 64.

[3] Id., *Fiefs*, § 68, gl. 2, n° 3.

[4] Le droit féodal ne connaissait que les expressions de *haute*, *moyenne* et *basse justice*; les feudistes avaient introduit les autres à l'imitation du droit romain. (Bartole, sur la L. 1, C. *De bonis vacant.*)

Digitized by Google

la monumente, et sans lequel elle ne peut exister, elle se produit sans désignation spéciale, elle ne comprend alors que la basse justice. Dumoulin ne peut accorder moins, il faut bien accorder quelque chose [1].

Au contraire, si le roi concède un fief avec la clause formelle, *cum omni jure*, *cum translatione omnis imperii et potestatis*, le concessionnaire possédera la haute justice. Dumoulin ne peut accorder plus, aussi ajoute-t-il au plus vite : sous la réserve pour le roi de son domaine éminent, qu'il n'a pu aliéner et qui se reflète dans les deux conquêtes de saint Louis, l'appel et les cas royaux ; l'appel en toute occurrence ; les cas royaux, c'est-à-dire les droits de grâce et de légitimation, la nomination des tabellions royaux, le jugement des crimes de lèse-majesté, de sacrilége, de fausse monnaie, de rébellion, etc. [2].

Dans ce cas, il faut bien le reconnaître, le seigneur haut justicier pourra établir sous lui jusqu'à deux degrés de juridiction ; mais pourquoi, objecte Dumoulin, qui se montre toujours jaloux pour la royauté d'un droit de justice intégral, pourquoi son pouvoir ne serait-il point réduit à un seul degré ? Est-ce que la justice n'en serait pas mieux et plus promptement rendue ? On ne serait point réduit alors à être privé de la justice même ; les droits du roi seraient conservés, les intérêts des sujets sauvegardés [3].

En face de principes si nettement posés, de désirs si ouvertement mis au jour, que deviennent les justices seigneuriales ? Elles ne sont plus comme jadis une puissance, on les a réduites au rôle subalterne de mandataires de la royauté.

Et quels mandataires encore ! Il faut entendre Dumoulin jusqu'au bout.

VII. *Justices royales.* — Source commune de toute justice, le roi confère à ses juges royaux un droit immédiat et direct, *de jure communi ;* le pouvoir des juges seigneuriaux, médiat et indirect, ne puise son origine que dans un droit exceptionnel, *jure speciali* [4]. Comme tout mandant, le roi surveille l'exécution du mandat qu'il a confié, et ceux-là délirent qui, à l'exemple des

[1] Dumoulin, sur Paris, t. 1, § 1, gl. 5, n° 48.
[2] Id., sur Paris, § 1, gl. 5, n°s 48, 49, 50, 51, 52, 53 et 55.
[3] Id., sur Paris, § 3, gl. 3, n° 10.
[4] Id., ibid.

Digitized by Google

vassaux de la féodalité, veulent restreindre son droit à un pouvoir supérieur de ressort et d'appel, lorsqu'à tous les degrés la justice se rend en son nom [1].

Si le juge seigneurial, mandataire infidèle, refuse de rendre la justice, s'il viole la loi, ou si sa négligence fait traîner les procès en longueur, il perd par là même son privilége qui rentre dans le droit commun. Or, on le sait, le droit commun, c'est la justice royale. Mais qui sera juge de l'infraction? Le délégué véritable du roi, le juge du droit commun, *l'ordinaire*, ainsi que l'appelle Dumoulin, continuant un rapprochement qui lui faisait comparer le droit du roi, en cette matière, aux pouvoirs spirituels de l'évêque dans son diocèse [2]. Et la requête de l'une des parties litigantes ne sera pas nécessaire pour mettre en action ce droit du juge royal, dont on ne pourra jamais, au surplus, décliner, dans ce cas, la compétence [3]. Enfin, privé à jamais de son droit, le seigneur justicier ne pourra le recouvrer; car celui-là ne saurait avoir une juridiction, qui n'apporte point à son devoir exactitude et vigilance [4].

Dumoulin semblait chercher, il y a un instant, le moyen d'arrêter les abus qui, dans les subdélégations des seigneurs hauts justiciers, entravaient le cours de la justice; il l'a trouvé. Le moyen est-il légal? Ne repose-t-il point sur une subtilité de légiste? Qu'importe? Il est logique, il est efficace. Le résultat suffit à Dumoulin.

Unité dans le pouvoir et dans ses attributs, voilà à quel point nous arrivons avec Dumoulin. Mais ce n'est point encore assez d'avoir triomphé de la féodalité au sommet; sa puissance s'est étendue jusqu'aux fibres les plus minimes de l'organisme social,

[1] Dumoulin, sur Paris, t. 1, § 1, gl. 3, nº 10.

[2] « Imò in omni gradu et specie jurisdictionis est fundatus in toto regno et in quàlibet ejus parte, sicut intentio episcopi est fundata ad spiritualia in totâ diœcesi et quàlibet ejus parte, de jure communi » (Dumoulin, sur Paris, t. 1, § 1, gl. 3, nº 10).

[3] Dumoulin, sur Paris, § 3, gl. 4, nº 14.

[4] Id., ibid., § 3, gl. 3, nº 13. A côté de ce système doctrinal sur le droit de justice, les légistes avaient un système historique conçu dans un but identique, dont on peut voir le développement dans Loyseau (*Traité des seigneuries*, chap. I, nºs 54, 55, 60, 71, 73, 74, 79, 80, 81; ch. IV, nº 21; ch. V, nºs 3, 4, 5; ch. VII, nºs 3, 7, 17, 26, 27, 60, 62, 64), et la réfutation dans M. Troplong, *Des légistes et de leur influence sur la civilisation* (*Revue de législation*, t. I, p. 401).

Digitized by Google

et ce XVIe siècle qui la maudit est profondément féodal ; il a encore dans ses coutumes une loi spéciale pour les seigneurs féodaux ; on connaît encore comme jadis, *le quint*, *le relief*, *les lods*, *la taille*, etc., qui enserrent la vie du vassal d'un indestructible réseau.

VIII. *Unité dans l'État ; nature du fief.* — C'est au sein même de la société que Dumoulin attaque maintenant la féodalité ; il veut, si l'on peut ainsi parler, qu'il n'y ait plus en France qu'un seul peuple, de même qu'il n'y a plus qu'un seul roi.

Il s'en prend au fief, le centre de la puissance féodale, la source de tous ces rapports sociaux qui, sans toucher dans la théorie au pouvoir souverain du roi, embarrassent dans la pratique son exercice et son application.

Le fief, dit-il, est un contrat, *feudum est contractus*, principe puissant et fécond. Le fief n'a jamais eu d'autre caractère ; si la puissance envahissante des seigneurs est parvenue à substituer dans le contrat la terre, qui en faisait l'objet, au contrat lui-même, de manière à cacher complétement l'un sous l'ascendant de l'autre ; si elle a mis souvent son bon plaisir à la place de la convention, de façon à imposer la loi de son caprice, au lieu de subir la loi d'un accord commun, qu'on remonte à l'origine.

Ouvrez le *livre des fiefs*, la compilation milanaise d'Obertus de Orto et de Gerardus Niger, vous y verrez la justification du principe de Dumoulin. Les enfants mâles seuls, dit le feudiste, peuvent venir à la succession du fief ; les femmes en sont exclues : *Proles feminini sexûs vel ex femineo sexu descendens ad hujusmodi successionem aspirare non potest* [1] ; mais cette exclusion tombe dans le cas où la convention primitive, qui a constitué le fief, les y appelle expressément, *nisi sit feudum eo pacto acquisitum* [2]. Et, cependant, il s'agit ici d'une règle qui toujours, et à bon droit, a été regardée comme la pierre angulaire de l'édifice féodal. Les exemples ne font pas défaut [3], celui-ci suffit ; il est même difficile d'en imaginer de plus puissant.

Le fief est donc un contrat, une forme particulière, sous laquelle se produisent les rapports de l'homme avec la terre, un

[1] *Feudorum consuetudines*, liv. II, t. XI.
[2] Id., ibid..
[3] Id., liv. I, t. VI, VIII et XXVII ; liv. II, tit. 17, et 50.

Digitized by Google

bail comme le bail à cens ou le bail à rente, un bail à fief. C'est ainsi, d'ailleurs, qu'on le nomme partout [1].

Ce bail est fait, il est vrai, sous des conditions spéciales ; mais il n'affecte en rien la condition sociale de liberté à laquelle a droit le vassal, qui reste aussi libre après la convention que l'est un simple acheteur après un contrat de vente [2]. Le seigneur acquiert, il est vrai, un droit particulier sur la terre baillée en fief, un droit de servitude réelle, qui se caractérise par le domaine éminent, mais, outre que ce domaine n'est pas de l'essence du fief et que les parties peuvent, d'un commun accord, l'en affranchir, la nature de la terre n'est pas changée ; elle reste dans la classe des biens du droit commun [3].

De même que son vassal, le seigneur devient un contractant ordinaire ; il ne pourra plus se mettre au-dessus de la parole donnée, et s'il viole le pacte, la loi viendra le maintenir, comme elle fait pour les pactes ordinaires. En présence du contrat méconnu, il n'y a plus ni seigneur ni vassal ; sa haute position n'assurera plus à l'un une audacieuse impunité, ni sa faiblesse à l'autre une spoliation certaine ; la convention ne s'interprétera plus comme au temps passé, en champ clos, par la force des armes ; on ira devant les tribunaux du roi, le seigneur deviendra un simple plaideur, comme son vassal, et, comme lui, on le condamnera, le cas échéant, à l'amende et aux dépens [4].

IX. *Devoirs féodaux.* — Voilà, certes, un pas immense de fait : toute la question était là, et, depuis trois siècles, le travail des légistes avait eu pour but de faire rentrer le fief dans le droit commun, en jetant la lumière au milieu de ce chaos, où l'ambition féodale entretenait les ténèbres à dessein. Avec ce point d'appui, nouvel Archimède, Dumoulin va soulever la féodalité, la discuter, l'interpréter, l'expliquer, comme il ferait d'un contrat ordinaire.

Tant qu'on demeurera dans les limites de la justice et du droit, Dumoulin prêtera au seigneur l'appui de sa logique ; en face de cette convention solennelle, qui lie deux hommes entre eux corps et biens jusqu'à la mort, sur le seul fondement de la foi jurée, il oubliera un moment son ardeur agressive ; il réveillera

[1] Merlin, *Répertoire*, v° *Fief*.

[2] Dumoulin, sur Paris, t. I, § 1, gl. 5, n°s 1, 2, 5.

[3] *Id.*, *ibid.*, t. I, *Princip.*, n°s 104 et 114.

[4] Guyot, *Traité des fiefs*, chap. IV, n° 6 ; Henriquez, *Code des seigneurs*, ch. VI, n° 28.

Digitized by Google

les nobles sentiments que met en jeu le serment féodal, lorsque l'avidité du suzerain ne les a pas corrompus ; c'est alors qu'il verra dans le fief une concession bienveillante et libre, *benevola et libera concessio* [1] ; c'est alors qu'il tracera les devoirs du vassal, quand il se présente devant son seigneur pour lui faire hommage ; qu'il lui recommandera de faire éclater sur son visage le respect, la soumission, la reconnaissance, et de bannir de son maintien l'orgueil et la superbe [2] ; c'est alors enfin qu'il parlera aux seigneurs de bienveillance et d'équité, et qu'il proposera à leur exemple les barons de sa province qu'on voit, humains et bons, *civiles et benigni*, laisser leurs vassaux jouir en paix de l'héritage paternel [3].

Mais que le seigneur vienne à déchirer la charte féodale, qu'il lance la meute de ses exacteurs sur l'héritage du vassal, qu'il l'écrase du poids de son armure, ou qu'il l'étreigne de son gantelet de fer, Dumoulin recommence la lutte : il ne parlera plus de foi jurée, de serments, d'égards, de respect ; vous ne trouverez plus sur ses lèvres que les termes de contrats, d'obligations réciproques et de loi.

Si le vassal qui offense gravement son seigneur doit être privé du fief qu'il tenait de lui, parce qu'il a violé le contrat, le seigneur qui offense gravement son vassal doit perdre, lui aussi, ses droits sur le fief qu'il a concédé ; l'obligation est réciproque, et cela est de droit divin et de droit naturel ; c'est l'équité qui parle : *Et hoc est divino et naturali juri et æquitati consonum* [4].

Si le vassal doit, en toute circonstance, répondre à l'appel de son seigneur, n'allez pas dire que le seigneur ne doive consulter, pour secourir son vassal, que les impulsions généreuses de son cœur ; cela est faux, le contrat est là [5].

Si le vassal ne peut sans forfaiture se donner à un seigneur autre que celui de qui il tient son fief, ne croyez pas que le seigneur, de son côté, puisse abdiquer au profit d'un autre sa suzeraineté sans l'assentiment du vassal. Suivant la loi du contrat, le seigneur n'est seigneur qu'à l'égard de son vassal, le vassal n'est vassal qu'à l'égard de son seigneur. Dès le temps d'Azon, on le

[1] Dumoulin, sur Paris, t. I, *Princip.*, n° 114.
[2] *Id.*, *ibid.*, § 1, gl. 3, n° 17.
[3] *Id.*, *ibid.*, § 1, gl. 6, n° 3; gl. 8, n° 38.
[4] *Id.*, *ibid.*, § 3, gl. 4, n° 10.
[5] *Id.*, *ibid.*, § 3, gl. 4, n° 23.

Digitized by Google

décidait ainsi. Philippe le Bel, pour terminer la guerre qui divisait la France et l'Angleterre, avait donné au roi anglais, Édouard, la main de sa fille Isabelle, et tous ses droits sur le duché de Bretagne. Le duc breton Arthur protesta au nom de ses barons. Azon fut consulté. La loi parlait par sa bouche, *fons legum* ; il proclama la nullité de la cession, et il tira le principal motif de sa décision, *ex obligatione mutuâ quæ est inter patronum et clientem*[1].

X. *Droits féodaux.* — Parmi les exactions seigneuriales, c'est surtout aux droits féodaux que Dumoulin fait une guerre acharnée. De toutes les matières féodales, celle-là était assurément la plus obscure et la plus incertaine. Il semblait que le vassal dût acheter du seigneur jusqu'à l'air qu'il respirait, et payer même le droit de fouler la terre féodale. Sa naissance, son mariage, sa mort, tous les actes par lesquels la vie se manifeste, et non pas la vie civile, mais la vie naturelle, étaient frappés de ces droits honteux qui marquaient l'homme libre au front d'un stigmate de servitude. Le nombre en était inconnu ; c'était un chaos : droits en nature, droits pécuniaires, droits fixes, droits annuels, droits sérieux, droits ridicules. Ducange a rempli de leur énumération les colonnes de son livre[2].

Dumoulin vient demander à chacun la raison de son origine ; et jamais son esprit, si strict dans les matières féodales, ne s'est montré aussi sévère et aussi rigoureux, parce qu'il a compris que l'impôt, sous quelque forme qu'il se produise, est un des liens les plus sûrs qui enchaînent le peuple à un pouvoir, lors surtout qu'il est subi sans protestation, par l'ascendant de la coutume.

Les droits féodaux sont odieux ; voilà son principe : *ejusmodi relevia, jura exorbitantia*[3], *graves et odiosæ, ne dicam sordidæ servitutes, experientiâ docente, provocant et inducunt homines ad multas fraudes, tricas, mendacia... captiosa quædam pensitationum genera quorum occasione sæpè simplices à callidioribus circumve-*

[1] Dumouliu, sur Paris, § 3, gl. 4, n° 27.

[2] On peut avoir dans Ducange les plaintes que faisaient entendre, dès 1209, les vassaux bretons au sujet de l'abus des droits féodaux, « invention, disaient-ils, de leurs derniers comtes » (Ducange, v° *Relevium*), et dans Delauriere (sur Ducange, v° *Feudum*), l'extension qu'avaient prise, en même temps que les fiefs, les exactions seigneuriales à une époque où l'on inféodait, dit-il, *si quibusdam fides, ipse quo vivimus aer.*

[3] Dumoulin, sur Paris, t. I, § 3, gl. 6, n° 2.

Digitized by Google

niuntur[1]... Il ne faut donc reconnaître que ceux qui sont admis par la coutume, et dans une disposition expresse; ici, moins que jamais l'extension n'est admissible[2]?

Ce n'est point assez : rédigée souvent sous l'influence des seigneurs, la coutume elle-même n'échappe pas à la critique. Au-dessus d'elle, il faut placer le principe qui la domine. Chaque droit, en effet, a une raison d'être intime. Tel s'adresse dans le contrat au fait accompli de la mutation de propriété, tel autre au contrat lui-même, dans sa nature translative. Celui-ci frappe les aliénations en général, celui-là la vente en particulier. Maintenant qu'un seigneur vienne, par une déviation astucieuse que le temps a peut-être consacrée, exiger un droit qui ne repose sur aucun fondement, Dumoulin lui oppose le principe, tire les conséquences, et l'accable à la fois du poids de sa logique et de son mépris; puis, se retournant contre le droit lui-même, il l'attaque dans son essence, montre la plaie à nu, et appelle le remède. Pourquoi, s'écrie-t-il alors, ne ramène-t-on pas à un impôt unique et annuel tous ces droits odieux qui blessent la nature et offensent le bon sens[3]?

Ce n'est point assez encore : l'esprit impitoyablement logicien du légiste a senti qu'il fallait ici descendre aux détails; il calculera, avec les coutumes, ici le droit fixe, là le droit proportionnel, tant de sols, tant de deniers. Un denier enlevé à la féodalité, c'est un droit, un principe conquis à la royauté[4].

Partout Dumoulin jettera la lumière à flots; il rendra possible à tous l'application des règles autour desquelles l'intérêt féodal entretenait l'obscurité. Nouveau Flavius, il livrera aux vassaux la clef des fastes seigneuriaux.

Enfin, vous le trouverez au parlement de Paris, soutenant contre ces mêmes droits les attaques de sa plume par l'autorité de son nom, partout et toujours champion des libertés menacées, athlète de la vérité méconnue[5].

XI. *Droit d'aînesse.* — Placé jusqu'ici en présence de règles qu'il pouvait attaquer sans ménagements, Dumoulin s'arrête en

[1] Dumoulin, sur Paris, § 33, gl. 2, n° 3; § 35, gl. 2, n° 18.
[2] *Id.*, *ibid.*, t. II, § 94, gl. 1, n° 8.
[3] *Id.*, *ibid.*, tit. I, § 33, gl. 2, n° 3.
[4] *Id.*, *ibid.*, t. II, § 76, gl. 1, n° 10.
[5] Il faut voir, à ce sujet, les détails du procès soutenu par Dumoulin au Parlement de Paris, en faveur des Blésois contre leurs seigneurs, qui avaient

Digitized by Google

face des principes fondamentaux de la féodalité; son système change alors, il lui suffit de montrer qu'il les subit plutôt qu'il ne les accepte; et si, malgré ses efforts, ils restent debout au milieu des ruines dont il a jonché le sol, s'ils résistent à son niveau civilisateur, il veut leur avoir, le premier, porté le coup fatal, laissant au temps, qui détruit tout, le soin de développer le germe de mort qu'il leur a jeté.

S'agit-il, par exemple, du droit d'aînesse qui assure au fief une sorte d'immortalité en concentrant sur sa conservation les forces vives de la famille? Loin de l'attaquer de front, il le tourne en tous sens, avant de l'interroger dans sa nature intime.

Ce droit, dit-il, est mixte, utile en partie, en partie honorifique. L'aîné est placé au-dessus des autres enfants; il s'assied à droite du père; la gloire de la maison est son apanage; voilà pour l'honneur. Il prend dans la succession du père une part plus considérable que ses frères; voilà pour la partie utile.

Dans son essence, le droit est-il favorable ou odieux? Dans son origine, il est favorable, en ce sens qu'il n'a point été établi en haine des autres enfants, mais pour la conservation des familles; or, dans l'appréciation de toute loi, il faut s'attacher à la pensée qui l'a dictée. Dans ses effets honorifiques, pourquoi en serait-il autrement? Alors, en effet, il ne blesse personne. Dans ses résultats utiles, distinguons. Si l'aîné prend dans l'héritage paternel une part plus forte, il a aussi des charges qui n'incombent point à ses frères. S'il prend la totalité, là commence l'injustice.

En résumé donc, favorable dans son principe, favorable le plus souvent dans ses effets, le droit d'aînesse n'est odieux qu'à un point de vue exceptionnel [1].

Voilà, certes, un principe bien prudent; Dumoulin ne pouvait peut-être le poser différent au XVIe siècle; mais la critique, si faible qu'elle soit, existe; on l'étendra peu à peu de la partie au tout; dans la crainte d'une confusion dangereuse, on proclamera l'institution de droit strict, non susceptible d'extension, et l'on écrira bientôt qu'il faut revenir, en dépit de la coutume, à la nature et au droit commun. *Procliviores esse debemus ad filiorum*

fait reconnaître par la coutume un droit féodal exorbitant, sous le nom de *Relevium cari pretii*. (Dumoulin, nos 5, 12 et suiv.)

[1] Dumoulin, sur Paris. t. II, § 13, gl. 3, nos 1, 2 et 30.

Digitized by Google

æqualitatem per quam reducimur ad naturam[1]. Les légistes de l'assemblée constituante de 1789 ne parleront pas autrement.

Unité dans le pouvoir, son principe et ses attributs, voilà la puissance féodale frappée dans son élément gouvernemental ; au-dessous du pouvoir, dans les sujets, dans l'État, voilà la puissance féodale atteinte dans son élément social.

XII. *Dumoulin et d'Argentré.* — Si la féodalité ne devait pas se relever sous le coup de cette logique terrible qui l'avait terrassée, du moins elle ne voulut pas périr sans protester. D'Argentré combattit pour elle. On n'entend guère s'élever, à cette époque, pour défendre les seigneurs, que la voix du jurisconsulte breton.

La Bretagne était le dernier asile de la féodalité. Sur cette terre où, de tout temps, les croyances politiques et religieuses se sont si profondément enracinées que le fer et le feu n'ont pu les arracher du sol, la féodalité vivait encore toute-puissante au XVIe siècle. Ses usages, ses mœurs, sa législation, tout, chez elle, était féodal. Dans sa coutume, le seigneur féodal était le roi du pays. Elle avait inscrit, en tête de son Code municipal, la maxime suivante : *Nulle terre sans seigneur;* et c'était à peine si la royauté, bien qu'elle eût les mains longues, ainsi que parlait Suger, avait pu atteindre la féodalité dans ce refuge. La Bretagne alors défendait sa foi politique, comme elle devait défendre plus tard sa foi religieuse ; elle croyait à la féodalité.

Quand au XVIe siècle commence la lutte des idées et du droit, elle envoie son jurisconsulte pour défendre sa croyance sur le terrain des principes, comme elle enverrait son champion défendre en champ clos l'honneur de sa bannière.

Fidèle représentant de l'esprit de son pays à cette époque, d'Argentré croit, comme lui, à la féodalité; comme lui, il s'indigne qu'on ose toucher aux prérogatives du seigneur féodal ; comme lui, il défendra sa foi politique jusqu'à la fin.

Dumoulin a commenté la coutume de Paris pour saper la féodalité dans ses bases. D'Argentré commentera la coutume de Bretagne pour raffermir le pouvoir féodal dans ses fondements. Alors s'engage entre ces deux hommes une lutte terrible ; de part et d'autre on combat avec une égale force de génie. Si Dumoulin est ardent à détruire, d'Argentré ne l'est pas moins à réparer les ruines que la main de son adversaire a faites.

[1] Dumoulin, sur Paris, t. I, § 13, gl. 1, n° 10; § 46, gl. 1, n°s 2 et 4.

Digitized by Google

Il le suit pas à pas, glose par glose ; pas la moindre attaque, même indirecte, du jurisconsulte parisien contre la féodalité, que le jurisconsulte breton ne relève et ne rétorque. Ouvrez le *Commentaire de la coutume de Bretagne*, vous y verrez le *Traité des fiefs* commenté, annoté, réfuté dans tous les sens et sous toutes les faces. Jamais la féodalité n'avait eu de défenseur à la fois plus puissant et plus actif : jamais aucun bras ne s'était fait du droit une arme aussi terrible contre les prétentions de la royauté. Dumoulin a trouvé un rival digne de lui.

N'allez pas croire, quoi qu'on ait écrit, qu'au fond de cette noble rivalité se cache un sentiment indigne de haine et de jalousie ; non. Dans ce combat mémorable, il faut oublier les champions pour le drapeau qu'ils défendent. Il n'y a de lutte ici qu'entre la royauté dont Dumoulin est le tenant, et la féodalité dont d'Argentré est le chevalier.

A Dumoulin cette force de logique, cette habileté qui sait, au besoin, prendre son adversaire au flanc, et saisir le défaut de l'armure. A d'Argentré cette fougue, cette verve, cette foi dans son droit qui frappe l'adversaire en face, sans s'inquiéter des ruses du combat.

D'Argentré est, avant tout, un combattant loyal. Écoutez-le manifester son étonnement, lorsque Dumoulin le frappe par derrière : Comment Dumoulin a-t-il pu écrire ces lignes ? Ne sait-il pas qu'il affirme audacieusement sur un point délicat ? Dumoulin rêve, c'est une hallucination ; dans quel monde croit-il donc vivre [1] ?

Ailleurs, sa bonne foi se révolte ouvertement. Vous prêchez la rébellion, s'écrie-t-il, vous encouragez la résistance du vassal contre son seigneur, vous brisez le serment de fidélité qu'il a prêté, vous soutenez la félonie contre le droit [2].

Dumoulin ne faisait pas autre chose, il n'avait point d'autre but ; mais l'âme de d'Argentré était encore trop féodale pour cette lutte de légiste. Le jurisconsulte breton succomba, mais en noble chevalier ; et son nom est à jamais uni à celui de Dumoulin dans les souvenirs du XVIe siècle.

[1] « Respondeam peregrinatum in alieno cœlo Molinæum... Hoc Molinæi somnium multa convincunt... Ille vir cogitationibus fretus, frevore scripti sæpè abripitur et antè dixisse sæpè deprehenditur quàm dicenda putaverit, et ideò sæpè in seipsum incurrit... (d'Argentré, sur Bretagne, art. 229 et 230). »

[2] « Molinæus inutili distinctione alit vassalorum contumaciam adversus dominos (d'Argentré, sur Bretagne, art. 230). » Il faut voir au même endroit

Digitized by Google

XIII. *Apparition du Traité des fiefs.* Il y avait plus de dix ans que Dumoulin travaillait sans relâche à son œuvre, quand elle vit le jour en 1539. Le monde savant s'en émut, le monde politique ne voulut pas la laisser passer sans mettre au pied ses lettres d'approbation, après un examen approfondi [1].

A peine le *Traité des fiefs* a-t-il paru, qu'on entend éclater de toutes parts les applaudissements ; la science dépose aux pieds de Dumoulin le tribut de ses louanges ; le barreau le place au premier rang de ses membres les plus illustres ; la poésie mesure des sonnets en son honneur, et les étrangers, jaloux de sa gloire, publient son traité sous le pseudonyme de Gaspard Caballinus, afin de n'être point obligés de rendre hommage à son génie [2].

Écoutez le poëte François Balduin. Jusqu'alors Thémis errait à l'aventure sur l'Océan orageux des combats judiciaires, l'erreur assiégeait le palais, et les ténèbres du doute enveloppaient le droit national. Dumoulin a osé s'engager dans ces voies inconnues ; il a livré à la justice un fil conducteur à travers les détours du dédale ; et, sur ces ondes fertiles en écueils, il a été pour elle l'étoile qui brille au pôle. La postérité reconnaissante lui payera notre dette, et son nom, porté sur l'aile du génie, vivra plus longtemps que les statues élevées à sa gloire [3].

Dumoulin a atteint la palme, disait le président François de Montholon, mais il a tiré l'échelle après lui. Il ne s'est jamais vu de commentaire pareil, disait le président Lizet. Un succès plus glorieux encore attendait Dumoulin. L'avocat De Thou avait acquis un fief non loin des terres du seigneur de Saint-Cyr : ce seigneur, homme puissant à la cour, dédaignant un voisin roturier, lui suscita un procès injuste, dont il ne dissimula même pas le but, faire annuler, d'une façon quelconque, le contrat d'inféodation. Le chancelier Poyet appuya ses prétentions. On

la discussion de d'Argentré sur le principe posé par Dumoulin, que le seigneur ne peut abdiquer sa suzeraineté au profit d'un autre seigneur sans le consentement de son vassal.

[1] Dumoulin, dedicace des *Notes sur les conseils d'Alexandre.*

[2] Godefroy, cité par Brodeau, *Vie de Dumoulin.*

[3] Cité par Brodeau, n° 5 :

Commonstrans filum sidusque forensibus undis
Quod nobis Helice, quod Cynosura fuit.
. . . . . .
Undè tuum vivet nomen post busta superstes.
Vivitur ingenio, cætera mortis erunt.

Digitized by Google

était alors en 1539; le livre de Dumoulin parut; le chancelier, après l'avoir lu, retira son appui aux iniques exigences du seigneur de Saint-Cyr. *Cessionarius potens in aulâ, multosque faventes habens (etiam cancellarium qui lectis scriptis meis, quæ mirabatur, eum deserunt)*. C'est Dumoulin lui-même qui parle [1].

Enfin, interprète des sentiments d'admiration générale que soulevait le livre de Dumoulin, le parlement de Paris voulut appeler le légiste dans ses rangs, et le porta d'office sur le rôle pour une charge de conseiller. Dumoulin refusa par deux fois. Je suis prêt, répondit-il, à faire tout ce qui sera en mon pouvoir pour le soutien et la gloire de l'État, mais il faut que j'achève l'œuvre commencée; il faut que je parcoure jusqu'au terme la voie dans laquelle je suis entré [2].

AUBÉPIN,
Avocat, docteur en droit.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

HÉRITIER. — CONDAMNATION. — ACTION EN DÉCÈS.

L'indignité peut-elle être provoquée et déclarée contre l'héritier condamné aux travaux forcés à perpétuité pour avoir donné la mort à son auteur, mais décédé avant le jugement prononçant l'indignité?

[1] Dumoulin, sur Paris, t. I, § 1, gl. 3, nos 33, 34.

[2] Le Parlement réparait ainsi l'accueil défavorable qu'il avait fait aux débuts de Dumoulin. « Semel accidit, dit Mornac, biographe de Dumoulin, ut à Christophoro Thuano præside objurgaretur; quod quum accidisset præter spem, collegarum seniores advocati concursu ad eum facto quòd se quoque violatos existimarent, per Franciscum Portam antiquissimum dici ei jusserunt : quum hodiè Molinæum collegam verbo læseris, quid abs te factum putas? Lœsisti enim hominem doctiorem quàm unquàm eris. Postridièque Christophorus quem facti jàm pœnitebat, dixit quod in Molinæum effudisset, id calore sibi excidisse. » Le président De Thou répara plus tard personnellement son offense à l'égard de Dumoulin, dont il devint l'ami. Il faut voir la réponse entière de Dumoulin dans la dédicace de son *Commentaire sur les lois* 1 et 2, D., *De verb. obligat.*, « Amplissimo et integerrimo ordini senatûs Parisiensis. »

Digitized by Google

L'indignité, lorsqu'elle n'a pas été provoquée et prononcée contre l'indigne, peut-elle l'être contre son héritier?

Telles sont les questions que nous nous proposons d'examiner. Mais avant d'entrer en matière, nous rechercherons ce qu'est l'indignité. Car, puisque ce sont des questions relatives à l'indignité que nous avons à traiter, il est bon, avant tout, de dire ce qu'est cet état d'indignité, dans lequel la loi, dans certaines circonstances, place l'héritier du défunt.

§ I.

L'indignité, d'après l'article 727, est la privation des droits de succession, ou, pour employer une expression plus énergique, une exhérédation; lesquelles privation ou exhérédation sont, pour l'héritier, le résultat de décisions judiciaires prononcées contre lui, lorsqu'il s'est trouvé dans l'un des cas prévus par l'article 727. Il faut donc, 1° que l'héritier se soit rendu coupable de l'un des faits énumérés dans notre article; 2° qu'un jugement ou arrêt l'ait reconnu et déclaré tel; 3° que ce jugement ou arrêt soit passé en force de chose jugée; ou, en d'autres termes, qu'il ne soit plus susceptible d'aucun recours; 4° enfin, qu'un jugement rendu par les tribunaux civils, reconnaissant que l'héritier se trouve dans l'un des cas prévus par la loi pour être frappé d'indignité, le déclare indigne de succéder au défunt. Telle est l'économie de la loi.

En règle générale, l'héritier, appelé par la loi à succéder, est toujours saisi de la sucession, dès l'instant où elle est ouverte. Il en est saisi de droit et de fait : de droit, en vertu de l'article 724 du Code Napoléon, puisqu'il est héritier dans l'ordre établi par la loi; de fait, puisqu'en vertu de la disposition de la loi, il est, au moment même de l'ouverture de la succession, mis en possession des biens qui la composent.

Il peut être privé de ces biens, s'il se trouve dans l'un des cas prévus par l'article 727; c'est-à-dire, s'il est jugé indigne de succéder au défunt. Mais cette indignité n'est pas encourue de plein droit (Argum. de l'art. 956, C. Nap.). Elle doit être prononcée par les tribunaux sur une demande formée contre l'héritier qu'on veut exclure de la succession. C'est une action à intenter, et contre laquelle l'héritier doit être admis à se défendre et à prouver, ou qu'il n'est pas coupable du fait qu'on lui impute,

Digitized by Google

ou que la disposition de la loi ne lui est pas applicable. Ce n'est qu'alors, c'est-à-dire à compter du jugement qui le déclare indigne, qu'il cesse d'être héritier et qu'il perd la saisine que la loi lui avait déférée.

Que si une information criminelle avait été suivie contre l'héritier ; que, traduit devant la juridiction compétente, et après débat contradictoire, la culpabilité ait été reconnue et qu'il ait été condamné, il faut encore que les parties intéressées à faire prononcer son indignité, l'actionnent devant les tribunaux civils ; et là, le jugement ou l'arrêt à la main, demandent qu'il soit déclaré indigne, et que les biens à lui dévolus lui soient retirés.

L'on comprend facilement qu'une semblable action ne saurait être intentée contre l'héritier que l'on voudrait faire déclarer indigne, s'il était décédé auparavant ; car nul ne saurait être condamné sans avoir été appelé et sans s'être défendu ; et la loi, dans ce cas particulier, ne fait point d'exception et ne dit point que le procès en indignité peut être intenté même à l'héritier décédé.

Cela est élémentaire. Mais, dit-on, il s'agit ici de droits purement civils ; et dès lors, peu importe, l'existence ou la non existence de l'héritier à l'époque à laquelle le jugement est provoqué contre lui. Ce raisonnement n'est pas concluant. Qui ne voit, en effet, que, dans le cas qui nous occupe, de la décision sollicitée, quoique ayant trait à des intérêts purement civils, doit ressortir une peine, laquelle n'est autre que l'exhérédation à prononcer contre l'héritier; et que, comme tout autre peine, celle-ci, quoique d'une nature particulière, ne doit être provoquée qu'en présence de la partie intéressée ; qu'il faut, de toute nécessité, que cette partie soit appelée et mise à même de se défendre.

Mais, dit-on encore, l'héritier qui s'est rendu indigne de succéder au défunt, est décédé, après toutefois avoir recueilli les biens de sa victime ; la loi déclare qu'il n'a aucun droit à ces biens ; et s'il n'y a aucun droit, son héritier n'a pu recueillir des biens dont son auteur ne pouvait hériter. Ce second raisonnement ne vaut pas mieux que le premier. Il ne fait d'ailleurs que résoudre la question par la question, puisqu'il admet toujours que l'action peut être poursuivie contre l'héritier de celui-ci ; ce que nul esprit juridique n'admettra jamais.

Et si l'on n'admet point que l'action en indignité puisse être intentée contre l'indigne après son décès, l'on ne saurait, à plus forte raison, admettre qu'elle puisse être suivie contre son héri-

Digitized by Google

tier, dans le seul but de le dépouiller des biens par lui recueillis dans la succession de l'indigne. Les fautes sont personnelles, comme l'est aussi le châtiment infligé à ces fautes. Eh bien ! nous le demandons, qu'est-ce donc que cette privation de tous les biens d'une succession, si ce n'est une peine ; et une peine sévère, puisqu'elle est une véritable exhérédation ? Qu'est donc cette peine, si ce n'est la punition d'une faute ? dès lors, comme telle, n'est-elle pas personnelle, et pourrait-elle frapper qui ne l'a point encourue ? Posons-nous cette simple question : lorsqu'on dépouille l'héritier de l'indigne des biens par lui recueillis dans la succession de ce dernier, qui frappe-t-on? est-ce l'indigne ou son héritier? — Sans aucun doute l'héritier. La punition n'est donc plus personnelle.

L'homme qui a commis un crime, et qui décède dans l'intervalle écoulé entre la perpétration de ce crime et sa condamnation, meurt *integri statûs*. Supposons un instant qu'il ait été frappé par la justice, et qu'une condamnation soit venue l'atteindre; mais que la décision ait été cassée pour quelque cause que ce soit (art. 434 du C. d'inst. crim.); bien certainement, si cet homme meurt dans l'intervalle qui s'écoule entre la cassation de l'arrêt et sa comparution devant de nouveaux juges, il mourra dans l'intégrité de ses droits. Nul ne saurait le contester. Eh bien ! de quoi s'agit-il ici ? d'un héritier condamné pour avoir donné la mort à son auteur, à la peine, si l'on veut, des travaux forcés à perpétuité. La condamnation est devenue irrévocable. Le coupable est décédé au bagne, alors qu'il subissait sa peine. La justice humaine est satisfaite : la société est vengée.

Mais de ce que cet homme a été reconnu coupable d'avoir donné la mort à son auteur; de ce qu'il a été condamné, s'ensuit-il qu'il soit *hic et nunc* jugé indigne de succéder à sa victime? Non, sans aucun doute. Pour que cette peine nouvelle vienne l'atteindre, il faut un jugement nouveau ; et pour que ce nouveau jugement puisse être rendu, il faut que cet homme soit appelé et qu'il vienne se défendre ; et si l'action est intentée après son décès, elle n'est plus recevable. L'on ne saurait faire le procès à sa mémoire : *mors omnia solvit*.

Et si l'on admet, comme cela doit être, que cet homme ne saurait être déclaré indigne après son décès, la raison dit aussi que l'on ne saurait poursuivre ses héritiers, et leur faire restituer les biens qu'ils ont trouvés dans la succession de leur auteur, et

Digitized by Google

dont ils se sont trouvés investis par la seule force de la loi. Ne dit-elle pas, en effet, cette loi (art. 724), que les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt; et (art. 25) que le mort civil perd la propriété de tous les biens qu'il possédait; que la succession est ouverte au profit de ses *héritiers*, auxquels ses biens sont dévolus de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament.

La loi suppose donc toujours que les biens dépendant de toute succession passent aux héritiers institués par elle. Pour les en priver, il faut un jugement; et pour que ce jugement soit rendu, il faut un débat contradictoire. Dès lors, l'héritier condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort à son auteur, hérite des biens de sa victime; pour l'en dépouiller, il faut un jugement qui déclare son indignité, tant que ce jugement n'est pas rendu, l'héritier, quoique condamné, a reçu les biens et les transmet à ceux qui y ont des droits. C'est la conséquence de la loi.

Et que l'on ne croie pas que la rétroactivité du jugement déclarant l'indignité, puisse être de quelque poids en faveur de l'opinion contraire à celle que nous soutenons. Que ce jugement ait un effet rétroactif, nous le reconnaissons; mais encore faut-il qu'il soit rendu; et comme il ne peut l'être qu'après que la partie intéressée aura été appelée, il suit que si cette partie est décédée avant l'introduction d'une semblable action, le jugement ne saurait être rendu contre l'héritier.

Ces principes nous semblent certains; et, pour donner un dernier degré de certitude juridique à cette partie de notre dissertation concernant l'impossibilité de poursuivre l'héritier de celui dont on n'a point, de son vivant, fait prononcer l'indignité, nous emprunterons à la loi elle-même un exemple, qui viendra donner plus de force et d'autorité à nos observations.

L'article 957, Code Napoléon, déclare que l'action en révocation pour cause d'ingratitude ne pourra jamais être intentée contre les héritiers du donataire. Pourquoi? parce que cette action est toute personnelle, et doit dès lors être intentée contre la personne même du donataire, jamais contre ses héritiers. En effet, cette révocation étant une punition, ne doit s'appliquer qu'à la personne même du coupable. Fondée sur une cause d'ingratitude, cette action est une de celles qui ont pour objet principal la vengeance d'une injure, et dans lesquelles l'intérêt pécuniaire n'est qu'accessoire (*actiones vindictam spirantes*). Elle ne pouvait

Digitized by Google

dès lors être exercée contre les héritiers du donataire, innocents du fait d'ingratitude reproché à leur auteur. Telle est la loi.

Qui peut douter que ces raisons données par le législateur lorsqu'il s'agit de la révocation des donations entre vifs, ne puissent être encore invoquées alors qu'il s'agit de l'action en indignité ; laquelle, nous l'avons dit, étant une peine, doit frapper seulement le coupable et jamais son héritier. Les raisons sont les mêmes dans l'un et l'autre cas ; la pensée de la loi la même ; les conséquences à en déduire doivent donc aussi être les mêmes ; *eadem ratio, idem jus*. Et si l'héritier, auteur du meurtre, n'a point été, de son vivant, déclaré indigne de succéder à sa victime, l'on ne saurait, après sa mort, faire prononcer cette peine contre lui; et, par suite de conséquence, il a pu et dû recueillir, dans la succession de son auteur, les biens que lui réservait la loi ; et, après son décès, son héritier a pu s'en saisir et les posséder, sans craindre qu'une action posthume et intempestive puisse venir l'en dépouiller.

§ II.

Ici, l'on nous arrête, et l'on nous dit que, d'après notre système, l'héritier qui se serait, par exemple, rendu coupable de meurtre sur la personne du défunt, se trouverait moins puni que le donataire qui aurait attenté à la vie du donateur; que, dans le premier cas, l'héritier pourrait souvent ne pas se trouver puni, puisque s'il était condamné, par exemple, à la peine de mort, et qu'il ne se fût pas pourvu contre l'arrêt de condamnation, il devrait être exécuté dans les trois jours, ce qui serait évidemment un délai trop court pour intenter contre lui l'action en indignité ; tandis que, dans le second cas, la durée de l'action pour cause d'ingratitude dure une année; ce qui conduirait à cet étrange résultat que, plus un héritier serait reconnu coupable, plus il serait protégé contre la peine de l'indignité, plus son crime serait abominable, moins il serait puni.

Cette objection n'est pas sérieuse. Et d'abord il n'est pas exact de dire que plus le coupable méritera d'être puni, moins il le sera. En effet, la sévérité du châtiment ne se mesure pas au nombre des peines infligées, mais à leur gravité. L'homme condamné aux travaux forcés à perpétuité, est plus puni que celui qui n'encourt qu'une peine de cinq années d'emprisonnement, alors

Digitized by Google

même qu'à l'emprisonnement viendrait se joindre l'amende. De ce que la peine pécuniaire vient s'ajouter à la peine corpelle, il n'en résulte pas que la condamnation soit plus sévère que lorsque la peine corporelle, beaucoup plus grave, n'est point accompagnée de la peine pécuniaire.

D'un autre côté, il n'est pas plus exact de prétendre que plus la condamnation sera sévère, et plus le coupable sera assuré de conserver les biens de sa victime. Un pareil raisonnement est une grave erreur. Peu de mots vont suffire pour le démontrer. L'héritier condamné, nous le supposons, à une peine afflictive et infamante, est dépouillé de tous ses biens. Sa succession est ouverte, et tout ce qu'il possédait devient la propriété de ses héritiers. Le but que le législateur s'est proposé, à savoir la défense faite à l'héritier coupable de posséder les biens de sa victime, se trouve atteint ; il est dépouillé non-seulement des biens qui lui appartenaient, qui étaient siens, mais encore de ceux qu'il avait recueillis dans la succession de sa victime. La morale est satisfaite : la peine pécuniaire encourue.

Seulement, dans ce cas, et qu'on veuille bien le remarquer, les biens provenant de la succession du défunt passent dans les mains de l'héritier de l'indigne, au lieu de devenir la propriété de ses cohéritiers, comme cela aurait eu lieu si l'indignité avait été prononcée. Mais, et nous le demandons bien sincèrement, que fait à la loi ou à la morale que la propriété de ces biens soit dévolue à telle ou telle personne ? Qu'importe que tel les recueille à l'exclusion de tel ? Qu'a voulu la loi ? punir le coupable, s'opposer à ce qu'il jouisse des biens de son auteur, auquel souvent, hélas ! il n'a donné la mort que pour s'enrichir de ses dépouilles. Eh bien, disons-le, ce but n'est-il pas atteint, la punition n'est elle pas infligée, lorsque l'héritier coupable est dépouillé de ses biens ? Oui, sans aucun doute. La loi a voulu infliger une peine au coupable, mais non favoriser telle ou telle catégorie de personnes, les héritiers de l'indigne ou ses collatéraux. Non ; ce n'est pas ce que la loi a voulu. Toute faute est personnelle ; et la loi n'a pas entendu punir plutôt les héritiers que les collatéraux du coupable, ou *vice versâ;* on en trouve la preuve dans l'article 730, Code Napoléon.

Cette objection n'est donc pas sérieuse. Bien mieux, la loi elle même va nous fournir des armes pour en triompher. Voyons, en effet, les articles 955 et 957 en matière d'ingratitude.

Digitized by Google

Le premier de ces articles permet de révoquer les donations pour cause d'ingratitude dans trois cas : 1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur ; 2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves; 3° S'il lui refuse des aliments.

De ces trois cas, le premier peut attirer sur la tête du donataire ingrat une peine emportant mort civile ou naturelle. Le second peut appeler sur lui une condamnation à de simples peines correctionnelles. Le troisième ne peut servir de base à aucune répression pénale. Et cependant, dans tous les cas indifféremment, l'article 957 défend au donateur ou à ses héritiers de poursuivre la révocation contre les héritiers du donataire.

N'est-il pas évident qu'ici, lorsque la peine sera de nature à emporter mort civile ou naturelle, le donateur n'aura qu'un délai très-court pour intenter son action? Faut-il donc dire que plus le donataire se sera montré ingrat, plus il aura été coupable, moins il sera puni? Assurément, non. Nous en avons donné les raisons ci-dessus. Que faut-il donc en conclure? Le voici : c'est qu'en matière d'ingratitude, comme en matière d'indignité, la loi n'a voulu que dépouiller l'ingrat ou l'indigne; qu'elle n'a pas eu pour but, dans le cas d'ingratitude, d'enrichir le donateur; ou, dans le cas d'indignité, d'enrichir les collatéraux; et que, lorsque ledonataire ingrat ou l'héritier coupable sont privés, celui-ci, des biens qui lui avaient été généreusement donnés, celui-là, de ceux qu'il avait recueillis, le but de la loi est complétement atteint: et cependant, avouons que le donateur est autrement favorable et digne d'intérêt que les cohéritiers de l'indigne; qu'on comprendrait que la loi, dépouillant le donataire ingrat, eût préféré aux héritiers de ce dernier le donateur, dont les bienfaits ont été si tristement récompensés; tandis que l'on ne saurait comprendre que la loi eût voulu enrichir les collatéraux de l'indigne au détriment de ses héritiers.

On insiste et l'on dit que si la loi avait voulu que l'héritier de l'indigne fût protégé contre l'action en indignité, elle n'eût pas manqué de s'en expliquer, comme elle a pris soin de le faire dans l'article 957, pour l'héritier de l'ingrat.

Les réponses se présentent en foule. La loi n'a pu prévoir toutes les hypothèses; elle pose des règles sans se préoccuper des espèces; si elle a posé en principe, dans l'article 957, que le donateur ou ses héritiers ne pourraient poursuivre la révocation de la donation contre les héritiers du donataire, et

Digitized by Google

qu'elle ne l'ait point dit dans l'article 727, c'est qu'elle a jugé inutile de le dire; c'est qu'elle a laissé à la jurisprudence et à la doctrine le soin de décider si la règle est ou non applicable au cas que nous examinons. Et la jurisprudence, d'accord ici avec la doctrine, interprétant le silence de la loi, nous enseignent que si les dispositions semblables à celle qui viennent après l'article 958, qui suit immédiatement l'article 957, ne sont pas répétées à la suite de l'article 727 ; s'il n'y a point, après ce dernier article, un texte qui dispose, ainsi que le fait l'article 958, que les aliénations, hypothèques ou autres charges réelles imposées par l'indigne sur les biens provenant de la succession du défunt, seront respectées ; il y a lieu cependant de faire application au cas d'indignité des dispositions de l'article 958, placé à la section qui traite de l'ingratitude.

Et cette doctrine n'est qu'un reflet de la loi. En effet, l'héritier reconnu coupable du meurtre du défunt, tant que son indignité n'est pas prononcée, conserve intacte sa qualité d'héritier; et nous ne disons pas sa qualité d'héritier apparent, mais celle de véritable, de légitime héritier, et il conserve cette qualité jusqu'au jugement qui prononce son indignité ; d'où suit que les aliénations faites par lui avant le jugement, sont faites par le véritable propriétaire, et doivent être respectées.

Et si les acquisitions faites à titre gratuit des mains de l'héritier sont respectées, comment pourraient ne pas l'être les acquisitions faites à titre successif? Si les premières sont inattaquables, comme elles doivent l'être en effet, comment les secondes ne le seraient-elles point? La volonté de l'indigne serait-elle donc au-dessus de la volonté de la loi ?

Nous l'avons déjà dit, et nous ne cesserons de le répéter : l'héritier reconnu coupable envers le défunt, est légitime propriétaire des biens laissés par ce dernier. Tant que le jugement déclarant l'indignité n'a pas été prononcé, il conserve ses biens. S'il meurt avant la prononciation du jugement, il meurt légitimement saisi de ces mêmes biens, et les transmet à son héritier, qui en est saisi par suite de l'adage : Le mort saisit le vif. A partir de ce moment, l'héritier de l'indigne, est, lui aussi, héritier légitime, entendons le bien, héritier légitime de ces biens. Maintenant de quel droit l'en dépouillerait-on ? Serait-ce par application de la règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis?* Mais alors pourquoi conserver, pourquoi respecter les aliénations volon-

Digitized by Google

taires faites par l'indigne? Pourquoi les laisser debout, lorsqu'on voudrait renverser les transmissions régulières opérées par la force de la loi? Que si l'on a été conduit à respecter les aliénations volontaires faites par l'indigne, c'est que l'on savait que nul ne peut être dépouillé de ce qu'il détient en vertu d'un acte régulier, émané d'une personne qui était propriétaire légitime et sans condition. Et s'il en est ainsi des aliénations volontaires, la raison ne dit-elle pas que cette règle est applicable à la transmission des biens de l'indigne faite à son héritier par la loi?

On le voit, dans notre système, qui interdit toute action en déclaration d'indignité après la mort de celui qui aurait pu être déclaré indigne, et en déclarant irrévocablement acquis à son héritier les biens qu'il tient de son auteur, sans distinction d'origine, nous ne faisons qu'une application naturelle de la règle qui maintient les aliénations, même à titre gratuit, que l'indigne a pu consentir avant le jugement déclarant son indignité. Le système contraire serait une violation flagrante de cette même règle, qui est cependant admise par la généralité des auteurs.

Deux mots encore : supposons que l'héritier de l'indigne soit en même temps son donataire, ce qui peut fréquemment arriver; qu'en adviendra-t-il ? il en adviendra ceci : c'est que l'on verrait respectée la transmission faite par l'indigne à son héritier à titre de donation; tandis que l'on verrait anéantie la transmission des biens de l'indigne, faite à ce même héritier par la toute-puissance de la loi..... Que dire d'un pareil résultat ?

§ III.

Mais l'on fait une dernière objection, et l'on dit que ce système est inadmissible en présence des articles 792 et 1477, Code Napoléon, lesquels privent l'héritier et l'époux de leurs parts dans les biens de la succession ou de la communauté, s'ils ont diverti ou recélé quelques-uns des objets qui en dépendaient.

N'est-il pas certain que la peine édictée par ces articles atteint aussi l'héritier, soit de celui des époux, soit de l'héritier, auteur du recel ou du divertissement? Comment donc en serait-il autrement de l'héritier indigne? La règle qui régit les dispositions des articles 792 et 1477, ne régit-elle pas aussi celles de l'articles 727? N'y a-t-il pas même raison de décider dans un cas comme dans l'autre?

Digitized by Google

A cette objection, voici notre réponse : d'après les dispositions des articles 792 et 1477, il s'agit de priver l'héritier ou l'époux de sa part dans cette portion des biens de la succession qu'il possède déjà, et qu'il s'est appropriée par suite d'un fait blâmable et répréhensible; tandis que d'après l'article 727, il s'agit d'empêcher l'héritier de conserver la totalité des biens de la succession du défunt, alors qu'il serait reconnu coupable de l'un des faits énumérés dans l'article 727.

D'un autre côté, quoique les dispositions des articles 792 et 1477 soient, *stricto jure*, des dispositions pénales, elles n'aboutissent toutefois qu'à des réparations civiles, lesquelles atteignent non-seulement l'auteur du recel ou du divertissement, mais encore les héritiers, ainsi que l'a décidé la Cour suprême le 4 décembre 1844 (S. V. 45, 1, 191), opinion partagée par M. Troplong, dans son commentaire du contrat de mariage, sur l'article 1477, n° 1699.

Sans aucun doute, si le recel ou le divertissement était un fait délictueux, l'héritier qui s'en serait rendu coupable devrait seul être puni ; car, ainsi que nous le disions ci-dessus, toute faute est personnelle. Mais il n'en est pas ainsi. Le recel ou le divertissement n'est point considéré par la loi comme un délit, mais comme un simple fait dommageable, dont doivent répondre les héritiers de celui qui s'en est rendu coupable, tout comme l'auteur lui-même du fait incriminé. Les articles 792 et 1477 contiennent bien, si l'on veut, des dispositions pénales; mais, nous l'avons dit, des dispositions qui, quoique pénales, se résolvent en réparations civiles, et n'atteignent que les biens de celui qui a causé le préjudice.

Dès lors il y aurait, selon nous, une grande différence entre les articles que nous venons de citer, et l'article 727, qui traite de l'indignité.

Ce dernier article prévoit un cas particulier, différent de ceux prévus par les articles 792 et 1477. Ceux-ci infligent à l'héritier ou à celui des époux qui a diverti ou recélé des effets de la succession, une déchéance qui n'est que la réparation civile du dommage causé. L'article 727, lui, ajoute une véritable peine, puisqu'elle est une complète exhérédation, à la peine plus grande qui a déjà frappé l'héritier. Ici, la réparation civile peut atteindre les représentants de l'héritier qui a diverti ou recélé ; là, la peine ne saurait frapper que le coupable. Dans le premier cas,

Digitized by Google

la déchéance prononcée contre l'auteur du recel ou du divertissement, peut être poursuivie non-seulement contre lui, mais encore contre ceux qui héritent de ses droits, et auxquels la succession ne parvient que grevée des charges dont son propre fait est l'origine ; dans le second cas, au contraire, l'exhérédation qui est une véritable peine infligée à un délit ou à un crime, ne saurait être provoquée contre les représentants de l'héritier condamné pour délit ou pour crime commis contre la personne ou la mémoire du défunt, si l'action en indignité n'a pas été intentée, de son vivant, contre l'héritier qu'on voulait faire déclarer indigne; et si, en outre, le jugement déclarant l'indignité n'a pas été aussi, de son vivant, prononcé contre lui.

Dans les cas prévus par les articles 792 et 1477, le fait dommageable est consommé ; l'héritier, l'époux ont commis le recel ou le divertissement ; la loi les punit de leur faute, et les punit, *hic et nunc* par la privation de leur part dans ces biens qu'ils s'étaient induement appropriés, et qu'ils ne sauraient transmettre à leurs héritiers, en étant dépouillés par la seule force de la loi. Dans les cas prévus par l'article 727, la loi a eu pour but d'empêcher l'héritier qui a commis envers le défunt un crime ou un délit, de lui succéder et de recueillir ses biens. Cette indignité, que prononce l'article 727, n'est pas, comme dans les articles 792 et 1477, la conséquence immédiate, si nous pouvons nous exprimer ainsi, du fait grave imputé à l'héritier; ce n'est qu'une conséquence médiate, indirecte, si l'on veut, du crime ou du délit ; et cette indignité ne résulte que du jugement qui la prononce. C'est envers la personne du défunt que l'héritier s'est rendu coupable, et les lois de la morale s'opposent à ce qu'il succède à son auteur, auquel il n'a souvent, hélas ! donné la mort que pour s'enrichir de ses dépouilles. C'est en s'appropriant induement les biens de la succession que l'héritier ou l'époux ont commis le divertissement ou le recel, et la privation de ces mêmes biens qui leur est imposée, rejaillit nécessairement sur leurs héritiers. L'héritier, l'époux ont fait, avant le temps, main mise sur les biens; et la loi, en les en dépouillant, s'oppose à ce qu'ils passent entre les mains de ceux qui les représentent. Comment d'ailleurs pourraient-ils transmettre des biens qu'ils n'ont jamais possédé.

Dans les cas prévus par l'article 727, au contraire, tant que l'héritier n'est pas déclaré indigne par un jugement, il recueille les biens de la victime, et l'héritier, qui les trouve dans sa succes-

Digitized by Google

sion, les possède légalement. Dans l'un et l'autre cas, il faut bien un jugement : mais leurs effets sont différents. L'un, le jugement rendu dans les cas prévus par les articles 792 et 1477, a une double mission : celle de constater le fait dommageable et d'en déduire les conséquences juridiques ; l'autre, celui rendu dans les cas prévus par l'article 727, n'a point à constater le fait imputé au prévenu, fait déjà suffisamment établi par l'arrêt ou le jugement rendu au criminel ; il ne fait que déclarer l'indignité de l'héritier reconnu coupable du crime ou du délit commis envers son auteur. Par suite du premier jugement déclaratif du recel ou du divertissement, l'héritier ou l'époux sont dépouillés *hic* et *nunc* des biens que la loi leur enlève ; biens qu'ils n'ont pu transmettre, puisqu'ils ne font plus partie de leur succession ; dès lors, peu importe que l'héritier ou l'époux soient ou non décédés lors du jugement, le décès, dans une telle circonstance, étant chose entièrement indifférente. Le second jugement, au contraire, trouve, nous venons de le voir, déjà constaté le fait imputé à l'héritier. Son unique effet est de le dépouiller des biens par lui recueillis dans la succession de sa victime. Pour les lui ravir, il faut un jugement, qui ne saurait raisonnablement être rendu contre l'héritier innocent du fait imputé à son auteur. A quel titre, en effet, serait-il prononcé contre lui ? Chacun comprend que ce ne peut être pour faire déclarer son indignité ; ce ne peut être davantage pour le dépouiller des biens par lui légitimement recueillis dans la succession de son auteur, décédé avant toute action en indignité introduite contre lui.

Et nous prions qu'on veuille bien remarquer le singulier, nous allions presque dire le déplorable résultat auquel on arrive dans le système contraire. Voilà un individu qui a été condamné pour meurtre commis sur la personne du défunt ; il meurt pendant qu'il subit sa peine ; aucun jugement en indignité n'est provoqué et prononcé contre lui ; il recueille, de par la loi (art. 724), les biens de sa victime ; son héritier, à lui, indigne, hérite de ses biens (art. 25), dans lesquels sont nécessairement compris ceux de l'auteur de son auteur. Supposons, pour un moment, un héritage de dix mille francs laissé par le meurtrier. Son héritier, après avoir consulté l'état de la succession, s'être assuré que, les droits de mutation et les dettes payées, il aura encore une somme de six mille francs libre, se met en possession des biens, se rend héritier pur et simple, paye les droits de mutation, désintéresse

Digitized by Google

les créanciers ; et, pendant qu'il jouit paisiblement de ces biens qui lui sont advenus légitimement, voilà qu'une action en indignité est intentée, non pas au véritable coupable, puisqu'il est mort ; non pas à l'héritier de ce coupable, puisqu'il ne saurait être poursuivi pour un fait qui lui est étranger et dont il ne saurait répondre ; à qui donc, mon Dieu ! est intenté ce procès ? à qui ? aux biens du meurtrier. Singulier procès ! singulière doctrine !

Mais, veut-on encore que nous démontrions une autre différence entre les règles qui régissent l'art. 727 et celles qui régissent les articles 792 et 1477 ? Qu'on écoute bien ceci : lorsqu'un héritier a diverti ou recélé des effets de la succession, qu'a-t-il fait ? il s'est indûment approprié des biens qui ne lui appartenaient point ; qui pouvaient à la vérité lui advenir un jour, mais qui n'étaient pas encore sa propriété. En agissant ainsi, il a causé à ses cohéritiers un préjudice dont il leur doit réparation. Cette réparation, qu'elle sera-t-elle ? la privation de sa part des biens par lui recelés ou divertis. Cette action en privation contre l'héritier de sa part dans ces biens, est ouverte non seulement à ses cohéritiers, mais encore aux créanciers de la succession, et à ceux des cohéritiers eux-mêmes. C'est là un fait certain. En est-il de même de l'action en indignité ? Non assurément. En faveur de qui cette action est-elle ouverte ? Qui peut l'exercer ? En faveur des cohéritiers seuls, jamais en faveur des créanciers. Les premiers seuls peuvent l'exercer, jamais les seconds. Pourquoi ? Quelle est la cause de cette différence entre l'un et l'autre cas ? La cause de la différence, la voici : c'est que, par l'article 792, la dépossession de l'héritier de sa part dans les biens par lui divertis ou recélés, est prononcée d'hors et déjà par la loi. Par le seul fait du recel ou du divertissement, l'héritier est dépouillé de cette part, qui augmente d'autant celles de ses cohéritiers, et les prétentions des créanciers tant de la succession que des cohéritiers ; lesquels, dans ce cas, peuvent agir pour la conservation de leurs droits. Dans les cas prévus par l'article 727, il n'en est point ainsi. L'indignité n'a pas lieu de plein droit. Pour la déclarer, il faut un jugement. Ce jugement ne peut être rendu que contre l'indigne lui-même, jamais contre son héritier. Cette déclaration d'indignité est une peine, et toute peine ne peut atteindre que le coupable. Cette peine, qui peut la provoquer ? les cohéritiers de l'indigne, jamais les créanciers de la succession.

Digitized by Google

Qu'une fois ce jugement prononcé, ces mêmes créanciers puissent, sous un autre point de vue, en profiter, nous ne le nierons point; mais aussi nous n'admettrons point qu'ils puissent le provoquer. Ils sont, pour intenter une telle action, absolument sans qualité et sans pouvoir.

Ces distinctions nous semblent assez tranchées pour établir, à nos yeux, une différence très-grande entre les dispositions de l'article 727 et celles des articles 792 et 1477, Code Napoléon.

Donc, et en nous résumant, dans les cas prévus par les articles 792 et 1477, la réparation civile dont s'occupent ces articles, peut aussi frapper l'héritier des personnes qui y sont désignées; témoin l'article 1460. Au contraire, dans les cas prévus par l'article 727, l'exhérédation que cet article prononce étant une véritable peine, ajoutée à celle infligée par la loi pénale, et cette peine ne pouvant être que personnelle, comme la faute qui l'a provoquée, doit être restreinte à la personne du coupable, et ne saurait, ainsi que nous l'avons expliqué ci-dessus, et dans les circonstances prévues par nous, atteindre ses héritiers.

CAMOUILLY,
Juge à Périgueux (Dordogne).

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

Des établissements industriels dangereux et incommodes; de la décentralisation administrative, et de ses effets sur le régime des usines et des établissements d'industrie; par M. Avisse, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. — 2 vol. in-8°.

Depuis un quart de siècle, époque de tranquillité et d'essor pour les arts mécaniques, il s'est opéré un prodigieux développement des établissements à feu, des usines métallurgiques, des machines à vapeur dans toute l'Europe et particulièrement en France. Dès l'année 1827, dans un rapport fait à la chambre des Pairs, par M. le comte d'Argout, le nombre de nos usines, manufactures et fabriques de toute espèce était porté à cent cinquante-six mille. Le capital industriel et le capital rural réunis formaient des chif-

Digitized by Google

fres énormes pour chaque nature de ces établissements. On peut juger, par le progrès incessant de la vapeur et de la métallurgie, à quel point le nombre s'en est accru chez nous sous le dernier règne. La police des établissements industriels est devenue ainsi une partie importante du domaine confié à nos deux corps d'ingénieurs des mines et des ponts-et-chaussées.

La matière des usines dangereuses et insalubres avait fixé l'attention particulière de quelques jurisconsultes distingués; nous devons ainsi à M. Macarel, le *Manuel des ateliers insalubres;* à M. Trébuchet, le *Code administratif des établissements dangereux;* à M. Clérault, le *Traité des établissements dangereux;* sans compter les traités géneraux, tels que les *Questions de droit administratif* de M. de Cormenin, et les divers répertoires et dictionnaires du droit administratif. Cependant, les sujets pour lesquels il n'existe que peu de faits législatifs, et qui tirent leur plus grand jour des résultats de la jurisprudence, ont besoin d'être souvent remaniés et soumis à des recherches qui en comblent les lacunes. Ainsi, le nouveau décret concernant la décentralisation administrative, qui semblerait ne s'occuper que des ateliers insalubres de première classe, exerce une influence dans la doctrine sur les deux autres classes de ces établissements, et les administrateurs trouveront aussi utile que commode un traité qui en établit toute la portée dans cette matière.

M. Avisse, que la spécialité de ses études, comme avocat au conseil d'État, rendait si propre à un travail de cette nature, n'a pas seulement l'avantage de venir après les auteurs que nous avons nommés ci-dessus. On en jugera ainsi, nous l'espérons, par l'analyse dans laquelle nous allons entrer de son utile ouvrage.

Nous dirons d'abord qu'il se compose de deux volumes in-8°. Le premier est un traité, *ex professo*, où se trouvent développés les principes, la doctrine des auteurs et la jurisprudence des arrêts, le deuxième offre le corps de droit, ou code méthodique des lois, ordonnances, circulaires ministérielles concernant les objets indiqués par son titre.

M. Avisse a saisi son sujet sous deux points de vue; d'une part, dans son rapport avec l'autorité administrative; d'autre part, dans son rapport avec l'autorité judiciaire. Il a fait ainsi la part des études propres à l'administration et à ses coopérateurs, et celles des juristes, n'ayant à s'occuper que du conflit des intérêts privés, au point de vue purement judiciaire. La première

Digitized by Google

part, qui est d'ailleurs la plus importante du livre, nous occupera principalement dans ce résumé.

A la vérité, dans l'état actuel de notre législation, le principe de la liberté d'industrie, sorti victorieux de nos crises sociales, et subsistant dans toute sa force, domine indistinctement dans nos arts et manufactures. Sauf quelques monopoles peu importants, réservés à l'État lui-même, dans des vues financières ou dans l'intérêt du pays, la carrière des industries de toute nature est ouverte à tous, la libre concurrence est de principe constant; elle ne peut être entravée sous aucun prétexte, au profit des intérêts préexistants et au détriment de ceux qui veulent créer de nouvelles entreprises.

Mais il en est autrement, dans l'intérêt général, au point de vue, soit de la salubrité de l'air, ce principe essentiel à la vie des hommes et à la végétation des plantes; soit de l'intérêt des valeurs locatives, les lieux habités étant sujets à la désertion, dès qu'il s'y montre des inconvénients graves; soit des usages et des droits préexistants pour les industries anciennes, auxquelles le voisinage d'ateliers insalubres apporterait des entraves et des dommages non susceptibles d'être révoqués en doute. Néanmoins, le travail des arts et manufactures est, par lui-même, d'un si haut intérêt pour les populations, que la police sociale doit diriger tous ses efforts vers la conciliation, en cherchant les moyens de rapprocher et de faire vivre, dans le même territoire, les intérêts en apparence les plus difficiles à accorder. Tel est aussi le but essentiel des règlements concernant les ateliers réputés dangereux ou incommodes. Il y a là une nouvelle diplomatie, tendant à faire succéder la paix à la guerre, par des traités réglant les distances, les conditions, les précautions de toute nature que la science puisse signaler comme propres à prévenir les inconvénients graves, ou à les faire disparaître, même au sein des habitations agglomérées. M. Avisse nous semble avoir rendu plus palpable, qu'aucun autre avant lui, ce caractère de protection réelle, particulier à la police, envers les ateliers dangereux, nonobstant le déploiement de ces mesures de restrictions, de surveillance, d'autorisation préalable; en effet, tout en s'occupant d'abord des droits préétablis, et en prenant des précautions pour les sauvegarder, dès qu'elle a pu autoriser une manufacture insalubre, elle lui a conféré un droit de bourgeoisie, qui la met dès lors à l'abri de la recherche de la police purement locale, ou

Digitized by Google

de la redoutable autorité des maires : c'est en effet une puissante immunité pour ces établissements.

Au premier point de vue, ou en envisageant les ateliers insalubres dans leur rapport avec l'autorité administrative, M. Avisse traite successivement : 1° de l'autorisation et des formalités préalables ; 2° de l'opposition des tiers et du recours des fabricants ; 3° de la surveillance ou du maintien des règles, et des conditions de l'autorisation. Maintenant, au lieu de suivre pas à pas l'auteur dans ses subdivisions, nous préférons signaler quelques-unes des nombreuses controverses qu'il a résolues, afin de signaler la solidité de la doctrine et l'utilité pratique de cet ouvrage.

Parmi les formalités qui font partie de l'instruction préalable, pour les trois classes d'ateliers, figure l'enquête *de commodo et incommodo*. L'un de ceux qui ont écrit sur cette matière, déclare s'être vainement mis en recherche pour en constater l'origine et le fondement légal. Il n'y voit qu'un usage qui ne résulte ni de la loi, ni d'aucun règlement. En d'autres termes, l'enquête n'est, à ses yeux, qu'une exigence arbitraire de l'autorité (Code des établissements industriels). M. Avisse est bien loin d'admettre ce sentiment. Il est vrai qu'une circulaire ministérielle du 4 mars 1815 ayant remplacé celle du 22 novembre 1811, on perd ainsi de vue la source de la formalité de l'enquête, qui avait été prescrite par cette instruction avec le délai d'un mois. L'ordonnance du 22 mai 1843, spéciale pour les machines à vapeur, autres que celles établies sur bateaux, a réduit le délai de l'enquête à dix jours. Mais M. Avisse revendique judicieusement, pour l'autorité, le droit de recourir aux voies d'instruction jugées nécessaires. Il y a certainement là plus qu'un usage, et il n'y a aucun abus.

Si la commune a intérêt dans le litige administratif, le maire ne pouvant plus diriger l'enquête avec impartialité, M. Trébuchet demande qu'il y soit remplacé par l'adjoint. M. Avisse trouve qu'il serait plus rassurant de lui substituer le juge de paix du canton.

En se rendant un compte sérieux et détaillé des dispositions du décret du 15 octobre 1810, M. Avisse observe qu'il indique deux recours différents dans son article 7 ; d'où un conflit semblerait pouvoir naître entre le conseil d'État et le conseil de préfecture. Mais les deux recours ne sauraient être simultanés ; seulement, la rédaction de cet article, relatif aux ateliers de la seconde classe, est inexacte dans ses expressions et même con-

Digitized by Google

tradictoire. Si le préfet a prononcé seul, le recours pourra être formé devant le conseil d'État par le pétitionnaire; si des tiers se sont rendu opposants devant le conseil de préfecture, c'est contre la décision de ce conseil que des recours pourront être portés au conseil d'État, pourvu toutefois qu'elle n'ait pas acquis force de chose jugée. Cette explication nous semble aussi juste que nécessaire.

Mais aujourd'hui, le décret de décentralisation du 25 mars 1852 joue un grand rôle dans cette matière; M. Avisse en a fait l'objet d'études spéciales, qui mettent son livre en harmonie avec ce nouvel élément de la législation. Le décret fait descendre les établissements de première classe dans la sphère de l'autorité préfectorale; mais il ne modifie en rien les attributions du conseil de préfecture, comme comité consultatif de salubrité, ni des conseils de salubrité et des conditions d'hygiène publique. Dès lors, si les tiers forment opposition au conseil de préfecture, la matière, de purement administrative qu'elle était, devient contentieuse, comme pour les ateliers de deuxième classe.

M. Avisse suit attentivement les traces de ce décret, qui n'influera pas exclusivement, comme on pourrait le croire, sur les ateliers de deuxième classe; il était nécessaire d'en discuter la portée, soit pour les établissements mixtes, soit pour ceux antérieurs à 1810, et aussi pour les établissements non classés, de même que pour ceux à l'égard desquels une instruction spéciale est nécessaire. Nul auteur n'avait posé des distinctions aussi nettes envers ces diverses sortes d'établissements avant M. Avisse; les personnes qui ont quelque expérience des questions de tarifs de douane, savent combien l'industrie et le commerce offrent de nuances délicates, qui mettent souvent en défaut les catégories réglementaires. La même difficulté se reproduit chaque fois que l'autorité apporte des entraves à la liberté des entreprises industrielles. Grâce au talent d'analyse de notre auteur et à ses connaissances technologiques, ses lecteurs seront bientôt familiarisés avec l'écueil que présentent les matières mixtes et leurs nuances incertaines.

M. Avisse ne se renferme pas dans la discussion de la forme, il s'occupe avec non moins de soin du fond, au sujet des autorisations. Ayant à indiquer les motifs de refus, la technologie lui vient encore en aide et le sert beaucoup. L'autorisation peut d'ailleurs n'être que *conditionnelle* et même *temporaire*. Seulement, la ju-

Digitized by Google

risprudence repousse les limitations de temps qui ne seraient pas motivées. Mais elles peuvent l'être effectivement, par exemple : lorsqu'en autorisant un atelier dangereux dans le milieu d'une ville, on peut prévoir qu'avant dix années des constructions s'élèveront dans son voisinage. Mais le refus d'autorisation ne doit-il être fondé que sur l'intérêt public ou peut-il l'être sur des considérations d'intérêt privé? M. de Cormenin est du premier avis ; il blâme la jurisprudence motivée sur l'intérêt d'un seul établissement, dans le sens d'un refus d'autorisation, comme inspirée par un mauvais esprit, illibéral et anti-industriel. Voilà une censure bien sévère. Cependant, M. Avisse ne partage pas ce sentiment de notre maître commun en droit administratif, *nullius addictus*, etc. Suivant lui, au contraire, n'est-ce pas protéger l'industrie que prévenir la ruine d'un industriel, lorsqu'il a plu à un propriétaire voisin de chosir un emplacement peu convenable, pour y former un établissement nuisible par son insalubrité et par des inconvénients de toute nature? Il nous semble, pour notre part, qu'en effet, le rôle essentiel de l'administration est de sauvegarder ainsi les droits préétablis, pour la propriété industrielle aussi bien que pour les maisons et bâtiments.

Nous trouvons ailleurs M. Avisse en controverse avec M. Trébuchet, sur la question de savoir si l'autorisation refusée à quelqu'un pour un local, peut être accordée à un autre pour le même local? M. Trébuchet dit non : M. Avisse y fait voir des nuances.

En effet, le refus peut avoir été essuyé par un locataire qui n'avait qu'un bail de peu de durée, et qui n'était pas autorisé à faire dans les lieux des changements considérables qui lui étaient prescrits. Mais, il aura quitté les lieux sans avoir fait aucun établissement; alors les choses seront entières pour le propriétaire; celui-ci aura d'abord plus d'intérêt que l'autre à discuter les conditions, étant plus le maître d'y souscrire; or, en principe, rien de ce qui aura été proposé ou objecté à son locataire, ne pourra engager l'administration à son égard. Il n'est donc pas tout à fait exact de dire que les autorisations soient accordées au local plutôt qu'à la personne.

De ce que les établisements de troisième classe ne doivent pas nécessairement être très-éloignés des habitations agglomérées, est-ce une raison pour qu'ils ne puissent pas être quelquefois tenus à distance? M. Avisse est pour l'affirmative. Cependant,

Digitized by Google

il ne se dissimule pas que la tendance la plus habituelle du conseil d'État est de retrancher les conditions qu'il juge superflues, et les limitations de distance et de temps non justifiées. Cela témoigne combien la jurisprudence administrative est encore bien plus protectrice que restrictive pour les établissements réputés dangereux.

Après les autorisations, M. Avisse aborde, avec la même largeur de vues et la même indépendance dans la doctrine, les oppositions contentieuses et les recours. Ici encore, les établissements de première classe sembleraient être confondus avec ceux de la seconde classe par le décret de décentralisation. Mais il surgit au moins des questions transitoires, dans lesquelles il faudra bien se garder de donner un effet rétroactif à ce décret. Il faut également apprécier à ce sujet la portée de ce décret, soit pour les établissements de deuxième et de troisième classe, soit pour les établissements spéciaux affectés à un service public, qui, étant créés par l'administration elle-même, ne sont pas sujets à autorisation, tels que nos fabriques de poudre, dirigées par nos officiers d'artillerie.

Nous ne pouvons pas suivre M. Avisse dans tous ces développements au sujet des oppositions ; mais ils nous ont paru aussi judicieux que féconds. Il a traité ce sujet sous le double point de vue du recours gracieux et du recours contentieux des opposants ; puis, il s'est occupé aussi des recours formés par les fabricants et de ceux de l'administration elle-même, dans l'intérêt de la loi. C'est un tableau vivant et plein d'intérêt, où les luttes entre l'industrie manufacturière, la propriété et les établissements industriels, qui sont antipathiques au voisinage de certains ateliers, se reproduisent dans les solutions des auteurs et de la jurisprudence des arrêts, avec l'appréciation toujours impartiale et pleine de sens et d'équité de l'auteur lui-même.

Nous disions, plus haut, que le décret de 1810 avait chargé l'administration d'un rôle tout diplomatique, pour poser les bases d'un traité de paix entre les ateliers projetés et les intérêts existants, auxquels leur voisinage peut causer une légitime alarme. Mais, où aboutiraient tous les effets de la science et de l'administration et les sages conditions qu'elle aurait imposées aux établissements nouveaux, si les droits préexistants ne devaient pas reposer sous la sauvegarde de la *surveillance?* C'est la matière du troisième et dernier titre de la première partie de ce traité.

Digitized by Google

En quoi consiste la *surveillance* de l'administration? C'est un pouvoir agissant d'office, qui renferme le droit d'*accéder* les établissements industriels; celui de *s'enquérir*, par des investigations, du plus ou moins d'exactitude avec laquelle s'observe la foi des traités; et, enfin, celui de *constater* et de *poursuivre* les contraventions qui auraient été commises. Voilà encore une matière que M. Avisse fait paraître neuve autant que riche. Il y soulève également beaucoup de questions; nous regrettons de ne pouvoir qu'en indiquer quelques-unes.

Ainsi, l'auteur demande si la suppression des établissements exploités irrégulièrement peut être prononcée par mesure administrative, ou si elle ne peut l'être que dans la voie contentieuse? Cette dernière solution a été adoptée par M. Macarel. L'opinion contraire est professée par M. Clérault. Aujourd'hui, d'après le décret de décentralisation, la forme d'autorisation est devenue identique pour les établissements de la première classe et pour ceux de la deuxième. Cependant, le décret réclame une étude sérieuse; M. Avisse embrasse, dans sa discussion, l'interdiction des établissements créés sans autorisation, ceux dont l'exploitation a été suspendue pendant plus de six mois, et qui ont été repris sans nouvelle autorisation; ceux enfin qui ont été autorisés, mais qui ne subsisteraient plus dans les conditions auxquelles ils auront été soumis. Dans tous ces cas, M. Avisse admet que la suppression en sera ordonnée par mesure de pure administration. Il admet qu'il n'y aura recours contentieux, que si les conditions de l'autorisation originaire sont susceptibles d'une interprétation du titre. Cette question est trop compliquée pour la développer ici. Nous nous bornons à signaler ainsi l'un des points les plus susceptibles de controverse.

Une question plus facile à résumer, c'est celle de savoir si les établissements *non classés*, et qui se seront formés sans autorisation, tombent sous l'action de l'autorité municipale, et si leur *suppression* dépendra uniquement de l'application des règlements de simple police?

La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation, s'est prononcée pour l'affirmative, par le motif que le décret du 15 octobre 1810 n'a pu déroger aux décrets de 1790, qui ont autorisé les corps municipaux à procurer la tranquillité, la sûreté, la salubrité dans leurs communes. M. Avisse n'hésite pas à se prononcer contre cette doctrine. Il voit avec raison, suivant

Digitized by Google

nous, dans le décret de 1810, une vraie charte, qui place les établissements réputés dangereux, insalubres et incommodes, sous la protection d'une autorité supérieure aux maires, celle des préfets et des sous-préfets. Une législation aussi spéciale, déroge nécessairement aux décrets qui ont autorisé les maires à faire des règlements de police. Telle en est l'essence ; c'est à ce point de vue que, tout en soumettant les ateliers dangereux à des conditions restrictives, cette législation est devenue une sauvegarde pour eux-mêmes, les ayant soustraits à l'action moins éclairée, dès lors nécessairement plus tracassière et souvent arbitraire de l'autorité municipale.

Enfin, M. Avisse discute la question non moins importante de savoir si la suppression d'un établissement autorisé, qui sera reconnue présenter de graves inconvénients, devra s'effectuer sans indemniser le propriétaire ? La rigueur du refus d'indemnité ressort positivement du décret de 1850, pour les établissements de la première classe ; mais M. Avisse professe qu'elle ne doit pas s'étendre aux établissements de deuxième et de troisième classe ; en telle sorte que la suppression n'en sera prononcée que sous la forme d'expropriation pour cause d'utilité publique, et encore moyennant indemnité préalable. La question est délicate en présence d'un intérêt de pure police. Mais cette solution nous paraît aussi judicieuse que toutes les autres de notre auteur.

Pour ne pas rester constamment dans les formes de l'éloge, nous étions portés à demander à l'auteur pourquoi, en discutant les motifs d'autorisation et de refus pour les diverses classes d'établissements, prises une à une, il commençait chaque fois par développer les cas de refus ; s'il en faisait la règle, et si l'autorisation, à ses yeux, ne devait être délivrée que par exception ? Par cet ordre d'idées qui se reproduit dans beaucoup de chapitres, M. Avisse se montre fortement imbu des principes qui, dans cette matière, mettent l'autorité en mouvement ; c'est pour son ouvrage un titre de plus à la confiance de l'administration et de ses coopérateurs les plus consciencieux.

Cependant, si l'on y réfléchit, l'intérêt privé ne serait pas fondé à prendre ombrage de la marche que nous venons de signaler. Elle était commandée par la nature même du sujet. En effet, s'agissant d'ateliers soumis à la formalité d'une autorisation préalable, il est assez vrai que toutes les présomptions possibles s'élèvent d'abord contre eux ; en effet, l'administration ne doit

Digitized by Google

leur donner un passeport, ou le droit de bourgeoisie, qu'après s'être parfaitement assurée que les inconvénients qu'on devait en craindre, d'après leur nature, ne se présenteront pas dans l'espèce, du moins avec une certaine gravité.

En résultat, l'ouvrage de M. Avisse, écrit avec lucidité et talent, réunit au mérite du style une analyse mûre et profonde de son sujet ; on y trouve une discussion solide de la législation, des opinions des auteurs, des solutions de la jurisprudence ; il présente enfin toute l'étoffe d'un bon livre de plus pour nos bibliothèques.

Nous avons dit que nous voulions nous restreindre à la partie administrative. La partie judiciaire traite des dommages-intérêts qui pourront être demandés, soit devant les tribunaux de répression, pour la partie civile ; soit au civil, devant les tribunaux ordinaires. En suivant la même méthode jusqu'au bout, M. Avisse a déposé dans ce livre le résultat de son expérience, comme membre du barreau de la Cour de Cassation. Les magistrats et ses confrères le liront avec autant d'intérêt et de fruit dans son second livre, que les administrateurs pour le premier livre.

Enfin, nous avons dit que le second tome offrait le corps de droit des établissements dangereux. Tous les éléments en sont classés dans un ordre très-rationnel. Une partie, sous forme alphabétique, fait trouver tout ce qui regarde chaque nature d'établissements industriels, et particulièrement les machines à vapeur établies sur bateaux et non établies sur bateaux, entre autres les locomotives de chemin de fer.

En un mot, sous le rapport de la commodité, aussi bien que pour la doctrine et la jurisprudence, le livre de M. Avisse se recommande à l'attention particulière de nos administrateurs des départements et arrondissements ; des hommes de loi et surtout des ingénieurs chargés de la surveillance des établissements dangereux, le second volume s'adaptant à un usage quotidien pour toutes les opérations de cette partie du service public.

COTELLE,
professeur à l'École impériale des ponts-et-chaussées.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés dans les recueils de mars 1853.

SOMMAIRE.

1. *Communauté, prélèvements, reprises, priviléges.* — Le droit pour la femme de prendre, dans la communauté, tels meubles qu'elle voudra, à défaut d'argent, et tels immeubles que bon lui semblera, à défaut de meubles, existe pour toutes les récompenses qui lui sont dues, quelle que soit la cause de ces récompenses.
2. Mais le prélèvement peut-il être exercé par privilége et par préférence sur la masse active de la communauté, ou doit-il l'être seulement par contribution avec les créanciers de la communauté? — Renvoi.
3. *Dot mobilière, inaliénabilité.* — La dot mobilière participe-t-elle, sous le Code Napoléon, du caractère de l'inaliénabilité? — Résumé de la jurisprudence actuelle sur la question.
4. *Quid* d'après le droit romain? — La dot mobilière y était aliénable par le mari; mais la femme trouvait dans l'ensemble de la législation des garanties qui étaient pour elle l'équivalent de l'inaliénabilité.
5. Dans l'ancien droit français, la jurisprudence des parlements avait consacré le principe de l'inaliénabilité, tant pour la dot mobilière que pour la dot immobilière.
5. Les rédacteurs du Code ont sanctionné cette jurisprudence : — preuve par la discussion de la loi.
7. ..... Et par la combinaison de divers textes des Codes.
8. Cependant, la dot mobilière n'est pas inaliénable d'une manière aussi absolue que la dot immobilière. A cet égard, le principe doit se combiner avec le droit d'administration attribué au mari, et avec la règle : *en fait de meubles, possession vaut titre.*

1. — (Paris, 31 décembre 1852; *Dalloz*, 1853. 2. 59.) Dans une dissertation spéciale qui a été publiée plus haut (V. p. 436 et suiv.), nous avons cherché à établir, contre la doctrine récemment consacrée par la Cour de cassation (arrêt du 15 fév. 1853), que la femme, alors même qu'elle accepte la communauté, n'a pas, à raison de ses reprises et prélèvements, un droit de préférence sur les biens de la communauté, vis-à-vis des autres créanciers, mais qu'elle doit venir seulement en concours avec eux. Nous trouvons aujourd'hui, dans le Recueil de M. Dalloz, un arrêt de la Cour de Paris du 31 décembre 1852 qui, bien qu'il

Digitized by Google

soit antérieur par sa date à celui de la Cour de cassation, nous ramène cependant à cette question que, du reste, nous n'entendons pas discuter de nouveau, et à propos de laquelle nous ne voulons même rien ajouter à nos précédentes observations.

Notre but unique, en signalant au lecteur l'arrêt de la Cour de Paris, est de rendre à cet arrêt sa signification véritable, et de montrer qu'il a une portée toute différente de celle qui paraît lui être assignée par le Recueil dans lequel nous le relevons.

En effet, la décision est mise en opposition, par l'arrêtiste, avec un arrêt de la Cour de Lyon du 3 mars 1841, qui a jugé que le prélèvement subsidiaire que la loi accorde à la femme ou à ses héritiers, sur les immeubles de la communauté, à défaut d'argent comptant et de mobilier dans l'actif, ne peut être exercé que dans le cas où il aurait pour cause des biens immeubles, propres à la femme, qui n'existeraient plus en nature ; et en conséquence, que la femme, pour les indemnités qui lui sont dues, n'a qu'un droit de créance, en vertu duquel elle peut faire vendre les immeubles de la communauté, mais non exercer sur eux un prélèvement en nature (*V. J. P.* 1841, t. II, p. 639 ; Devill., 41. 2. 347 ; Dalloz, Rép. v° cont. de mar, n° 2378). Ainsi, l'arrêt de la Cour de Paris qui, d'après le Recueil de M. Dalloz, aurait jugé le contraire, se résumerait dans une assimilation entre le prélèvement accordé par le n° 3 de l'art. 1470, Code Napoléon, pour simples indemnités dues par la communauté et le prélèvement que le n° 2 du même article accorde pour restitution des immeubles propres, aliénés pendant la communauté.

Assurément, si l'arrêt de la Cour de Paris ne décidait pas autre chose, la décision n'en pourrait qu'être approuvée ; et l'arrêtiste aurait eu pleinement raison d'invoquer comme conforme l'opinion émise par M. Marcadé dans son explication du Code Napoléon. Cependant, au fond, cet arrêt est sujet à critique, et M. Marcadé lui-même conteste énergiquement la solution réelle qu'il contient ! C'est que, entre la signification qu'on a prêtée à l'arrêt et celle qu'il a réellement, il y a une différence notable que nous avons signalée déjà, en recueillant, pour le *Journal du Palais*, l'arrêt de la Cour de Paris (1853. T. I, p. 522) et sur laquelle il n'est pas sans intérêt de revenir encore ici. L'examen jurisprudentiel auquel cette *Revue* est principalement consacrée, n'aurait pas d'objet, s'il n'avait précisément celui d'assigner à chaque décision judiciaire la place qu'elle prend,

Digitized by Google

et le rôle qu'elle joue dans l'ensemble de la jurisprudence.

Nous disons, qu'entendu dans le sens restreint que lui assigne le Recueil de M. Dalloz, l'arrêt de la Cour de Paris serait à l'abri de la critique. Ceci est d'une évidence palpable, et la Cour de Lyon ne s'y est trompée que parce qu'elle s'est trop abandonnée au texte de la loi, dont la rédaction n'est pas, d'ailleurs, d'une exactitude parfaite.

Les prélèvements, ou reprises des époux, d'après l'article 1470, Code Napoléon, ont trois objets : 1° leurs biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi ; 2° le prix de leurs immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté, et dont il n'a point été fait remploi ; 3° les indemnités qui leur sont dues par la communauté. Les art. 1471 et 1472 règlent ensuite le mode suivant lequel ces reprises doivent être exercées soit par la femme, soit par le mari. Néanmoins, quelque claire qu'elle paraisse, la rédaction de la loi présente quelques inexactitudes, dont l'intérêt privé a cherché à tirer avantage. Ainsi, et notamment, la loi consacre pour la femme le droit de prendre dans la communauté, pour se couvrir de ses reprises, du mobilier à défaut d'argent comptant, et subsidiairement des immeubles ; mais à cet égard, la rédaction de l'article 1471 paraît restrictive, en ce qu'elle énonce que les prélèvements de la femme s'exercent, *pour les biens qui n'existent plus en nature*, d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté. Et l'on a soutenu par *a contrario*, que la règle cesse d'être applicable lorsqu'il s'agit pour la femme de réclamer une reprise ayant une cause autre que l'aliénation d'un propre. C'est la prétention qui fut portée devant la Cour de Lyon, et que cette Cour consacra par son arrêt du 3 mars 1841.

Il est sensible, cependant, que le principe posé par l'article 1471 est général, et s'applique à toutes les reprises dues à la femme, quelle qu'en soit la cause. La femme, *lorsqu'elle se trouve en présence de son mari*, pour exercer ses prélèvements, agit comme propriétaire ; et, c'est précisément parce qu'elle agit en cette qualité, que les articles 1470 et 1471 consacrent en sa faveur, et aussi en faveur du mari, le droit de prendre des biens *en nature* (*V.* notre dissertation déjà citée). Or, cette qualité de propriétaire est absolument indépendante de la cause pour laquelle la récompense ou les indemnités sont dues à sa femme. Il n'est donc pas

Digitized by Google

permis d'admettre que, tandis que la femme serait propriétaire, vis-à-vis de son mari, à raison des reprises dont la cause se trouve dans les deux premiers numéros de l'article 1470, elle ne serait que créancière à raison des indemnités dont parle le troisième numéro du même article. Le sens intime nous dit qu'il y a, dans les termes de l'article 1471, d'où l'on a tenté d'induire le contraire, une inexactitude de langage qui ne doit pas tirer à conséquence. C'est ce qu'exprime notre collaborateur et ami, M. Marcadé, avec sa netteté habituelle, précisément à l'occasion de cet arrêt du 9 mars 1841 qu'il critique avec juste raison... « Pothier, dit-il, à la doctrine duquel rien n'indique que le Code ait voulu déroger, présentait comme allant de soi, et s'appliquant à toutes les récompenses, ce droit de prendre en nature les biens de la communauté (n° 702). Le motif que la Cour de Lyon essaie de donner à cette disposition, en disant qu'elle a pour but d'attribuer à la femme de nouveaux immeubles, en remplacement de ceux qui ont été aliénés, est singulièrement faux, puisque ce n'est que subsidiairement, exceptionnellement, et à défaut d'argent et de biens meubles, que la femme peut arriver aux immeubles. Enfin, ce qui prouve qu'il s'agit de toute récompense, quelque soit son principe, qu'on ne doit voir dans les termes de la loi qu'une tournure inexacte de phrase, et qu'en parlant de reprises dues *pour les biens qui n'existent plus en nature*, l'article a voulu dire toutes reprises *autres que celles de biens existant encore en nature*, c'est la disposition du n° 3 de l'article 1470, qui présente toutes les indemnités à recouvrer comme constituant des *prélèvements* à faire sur la masse, et les met, sous ce rapport, sur la même ligne que les reprises de biens en nature des n°s 1 et 2. »

Ainsi, encore une fois, l'arrêt de la Cour de Paris, entendu dans le sens que lui assigne M. Dalloz, serait on ne peut plus juridique.

2. Mais est-ce bien dans ce sens que doit être pris cet arrêt? En aucune façon. Le point qu'on signale comme dominant, dans cet arrêt, n'est même pas mis en question, en sorte que les autorités invoquées, soit comme conformes, soit comme contraires, sont absolument étrangères à la difficulté qui a été résolue, et même que M. Marcadé, dont l'opinion est invoquée à l'appui de l'arrêt, en condamne la doctrine de la manière la plus formelle. De quoi s'agissait-il donc devant la Cour de Paris? Les circonstances dans

Digitized by Google

lesquelles l'arrêt a été rendu et les motifs de la décision sont très-précis sur ce point.

Dans l'espèce, la veuve Hannier qui, après le décès de son mari, avait accepté la communauté, était à la fois débitrice et créancière de cette communauté. D'une part, elle devait une somme de 119,421 fr. 23 c. qui, à des titres divers, avait été employée dans son intérêt personnel par la communauté; d'une part, il lui était dû une somme de 117,780 fr. à raison d'obligations par elle souscrites solidairement avec son mari, et à l'égard desquelles elle était réputée simple caution suivant l'article 1431 du Code Napoléon. Dans cette position, comment devait-on procéder dans la liquidation? Fallait-il établir une compensation, jusqu'à due concurrence, entre les deux sommes, et mettre à la charge de la femme 1641 fr. 23 c. formant la différence? ou bien fallait-il porter les deux sommes distinctement, la première à l'actif, la seconde au passif de la communauté? Toute la difficulté était là. Les créanciers, on le comprend, se rattachaient à ce dernier mode et soutenaient que la créance de la femme, portée au passif, devait subir le concours de leurs propres créances dans la répartition de l'actif, ainsi rétabli dans sa consistance réelle. Au contraire, la veuve Hannier n'admettait que le premier mode de procéder, soutenant que, dans la situation, le système de compensation sur lequel ce mode était basé, offrait le meilleur moyen de lui assurer le prélèvement privilégié que l'art. 1470 C. Nap. lui accordait à raison des reprises à elle dues.

La Cour de Paris a partagé cette dernière manière de voir. Et pourquoi? Parce que, dit-elle, dans son arrêt « sous le droit coutumier, et d'après la doctrine des jurisconsultes qui ont inspiré les rédacteurs du Code en cette matière, la femme, commune et acceptante, lors de la liquidation de la communauté, se posait en face des créanciers de cette communauté, en réalité moins comme une simple créancière de ses reprises et indemnités que comme un véritable propriétaire qui retire sa chose franche et quitte de la masse active, ou tout au moins comme une créancière privilégiée qui s'appropriait *ipso jure*, et par distraction, la chose qui était son gage, et dont la communauté cessait même d'être dépositaire par l'effet de la dissolution; — que c'est sous l'empire de ces idées qu'a été rédigée la section du *partage de la communauté après l'acceptation;* — que le droit de prendre et de prélever avant partage, qui résulte des art. 1470 et 1471, est, pour la

Digitized by Google

femme commune et acceptante, tel, que la femme agit sur la masse active à titre de propriété, que la somme représentant le montant de ses reprises et indemnités se détache de la masse active, et que la veuve se l'approprie par la force de la loi, nonobstant toutes oppositions des créanciers de la communauté; — que ce qui vient mettre en évidence ce droit de délibation et de distraction au profit de la femme, si conforme aux anciens principes, c'est le texte de l'art. 1483, qui suppose un prélèvement franc et quitte du montant des reprises et indemnités, puisque cet article veut que la femme commune ne puisse être tenue de contribuer aux dettes que jusqu'à concurrence de son émolument, ce qui repousse énergiquement, quoique implicitement, le système de la femme commune venant au marc le franc avec les créanciers...»

Ainsi, on le voit, ce qui était en question devant la Cour de Paris, ce que la Cour a réellement jugé, ce n'était nullement de savoir, comme devant la Cour de Lyon, si oui ou non la loi avait entendu assimiler les prélèvements de la femme, à raison de leur cause, et par suite autoriser la femme à prendre des immeubles à défaut d'argent et de mobilier, même pour les indemnités ayant une cause autre que l'aliénation d'un propre, mais, ce qui est bien différent, de savoir si la femme peut exercer son prélèvement par privilége et par préférence sur la masse active de la communauté, ou seulement par contribution avec les autres créanciers de la communauté : et sur ce point, loin que l'opinion de M. Marcadé soit, comme le dit l'arrêtiste, conforme à la décision de la Cour de Paris, qui se prononce pour le privilége, elle est diamétralement contraire. « De ce que, dit-il, l'époux s'indemnisant par le prélèvement de biens communs, ne fait légalement que conserver ses biens, la femme n'en pourrait pas conclure que, vis-à-vis des créanciers de la communauté, le choix qu'elle fait ainsi d'un bien le soustrait à l'action de ces créanciers. A quelque point de vue qu'on se place, la femme ne peut jamais avoir un pareil droit; si on la considère en tant que *propriétaire*, elle ne l'est que comme femme commune, elle ne reprend le bien que comme bien commun, et ce bien demeure, dès lors, le gage des créanciers de la communauté. Si on la considère en tant que *créancière* de la communauté, les autres créanciers ont un droit semblable au sien; elle n'a vis-à-vis d'eux aucune cause de préférence, et elle ne peut venir à paiement que concurremment avec les autres créanciers... » (art. 1470, 1471,

Digitized by Google

1472, n° 3). Rien n'est plus contraire à l'arrêt que nous signalons ici à l'attention du lecteur que cet avis de M. Marcadé dont l'autorité est, cependant, invoquée comme conforme. C'est que l'on a confondu deux questions, qui sont cependant parfaitement distinctes, et que l'on a rattaché à l'une de ces questions un arrêt qui, par ses motifs aussi bien que par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, se rapporte exclusivement à l'autre.

Et maintenant, la décision de l'arrêt, dans ce qu'elle est réellement, est-elle juridique? Nous en avons déjà dit notre avis dans la dissertation déjà citée (*V.* plus haut, p. 436 et suiv.); et sans insister de nouveau ici sur les dangers sérieux que présente la théorie de la Cour de Paris et sur les impossibilités légales qu'elle rencontre, nous renvoyons à nos précédentes observations, et passons à l'une des questions les plus graves du régime dotal, celle de savoir si la dot mobilière participe, comme la dot immobilière, au caractère d'inaliénabilité.

3. (Cass., 18 février, 26 aout, 1er décembre 1851 ; *J. P.* 1852, t. II, p. 12 et 513). — Sur cette question, l'une de celles qui divisent le plus profondément la doctrine et la jurisprudence, s'est reproduit de nos jours, et dans toute son énergie, l'antagonisme éternel entre le régime dotal et le régime de la communauté. Partisans et adversaires de la dotalité semblent s'être donné rendez-vous sur ce terrain de l'inaliénabilité dans ses rapports avec la dot mobilière pour reprendre, sur le mérite respectif des divers régimes d'association conjugale, une lutte aussi ancienne que la division des provinces françaises en pays de droit écrit et pays de coutume, et pour la ranimer, plein d'ardeur et d'amertume, comme elle le fut, il y a cinquante ans à peine, au sein du conseil d'État, quand il fallut choisir, entre les divers régimes, celui qui constituerait le droit commun de la France.

Les arrêts ci-dessus cités de la Cour de cassation nous fournissent l'occasion d'examiner cette question délicate [1] et d'indiquer où est, à notre sens, la vérité légale dans cette masse si considérable de décisions qu'elle a provoquées.

[1] Nous l'avons examinée déjà, dans le *Journal du Palais*, à propos de l'arrêt du 1er décembre 1851; et nous devons à une obligeante concession des directeurs de cette collection de pouvoir reproduire ici, en partie, les observations que nous a suggérées l'arrêt précité. (V. 1852, t. II, p. 513.)

Digitized by Google

Avant tout, nous croyons utile de systématiser, en quelque sorte, la jurisprudence. La question s'y est présentée sous des aspects différents : elle a été successivement résolue eu égard au droit de la femme et eu égard au droit du mari.

Par rapport à la femme, la question peut se produire, et s'est produite en effet dans des hypothèses diverses. Ainsi, 1° la femme vend, avec l'autorisation de son mari, des créances ou des meubles frappés de dotalité : sera-t-elle forcée de livrer? Elle y pourra être forcée, sans doute, si elle a eu le droit de vendre, et cela s'induit de quelques arrêts qui décident que l'obligation contractée avec l'autorisation de son mari par la femme dotale est valable (Montpellier, 11 juillet 1826 ; Rennes, 14 novembre 1828 ; Riom, 25 juin 1849 ; Cassation, 1er décembre 1851) ;— mais, si la dot mobilière est absolument inaliénable par la femme, il s'ensuivra que la femme ne pourra pas être contrainte à la livraison, et cela résulte des arrêts suivants : Montpellier, 12 janvier ; Rouen, 21 avril, et Limoges, 8 août 1809, 5 juillet 1816, Cassation, 1er février 1819 ; Paris, 26 août 1820 ; Agen, 15 janvier 1824 ; Cassation, 26 mai 1836, 23 décembre 1839 ; Angers, 10 août 1839 ; Paris, 13 février 1845. — 2° La femme n'a pas seulement vendu, avec l'autorisation de son mari, ses créances ou ses meubles dotaux, elle les a livrés : pourra-t-elle les revendiquer contre l'acheteur qui en a reçu livraison? Elle le pourra, sans doute, si la dot mobilière était inaliénable par elle, et c'est ce que décident nombre d'arrêts, qui accordent à la femme le droit de revendication en lui refusant, dans ce cas, l'action hypothécaire contre son mari (V. Grenoble, 3 juin 1818, 28 décembre 1825 ; Nîmes, 29 août 1826 ; Grenoble, 8 mars 1827, 31 août 1827, 3 juillet 1828 ; Poitiers, 14 décembre 1830 ; Montpellier, 7 janvier 1831 ; Caen, 11 janvier 1831 et 5 décembre 1836). — V. aussi Cassation, 24 juillet 1821 ; Rouen, 28 mai 1823 ; Aix, 1er février 1826 ; Bordeaux, 28 mai 1830 ; Pau, 31 décembre 1834 ; Grenoble, 12 janvier 1835. Ces derniers arrêts accordent en même temps l'action hypothécaire et l'action révocatoire. — 3° La femme, en se mariant sous le régime dotal, s'est réservé la faculté d'aliéner ses immeubles : pourra-t-elle aliéner aussi ses meubles? Elle le pourrait assurément si les meubles étaient aliénables en principe par elle, et c'est ce que décident les arrêts de Lyon des 3 juin 1829, 16 mai 1832, 9 février 1835, 31 janvier 1840, 2 août 1845. V. aussi Cassation, 9 juin 1847 ; mais si la dot mobilière est in-

Digitized by Google

aliénable par la femme, elle ne le pourra pas : car, restreinte aux immeubles, la faculté réservée ne saurait être étendue aux meubles (Cassation, 1er juillet 1829 ; Poitiers, 15 décembre 1836 ; Cassation, 2 janvier 1837 ; Amiens, 19 avril 1837 ; Riom, 22 décembre 1846) ; et la Cour de Lyon elle-même, après avoir constamment suivi la doctrine contraire, a fini par rejeter cette doctrine dans un arrêt du 11 décembre 1851. — 4° La femme emprunte, conjointement et solidairement avec son mari : le créancier pourra-t-il exercer ses droits, même par voie de saisie, sur les meubles dotaux de la femme ? Il le pourrait, si les meubles étaient aliénables par la femme, et c'est ce qu'avait décidé la Cour de Rouen, par arrêt du 16 juillet 1807 ; mais, les meubles étant considérés comme frappés d'inaliénabilité de la part de la femme, le créancier ne pourrait pas les saisir. C'est ce que la Cour de cassation a jugé, le 19 décembre 1810, en cassant l'arrêt précité de la Cour de Rouen (V., dans le même sens, Limoges, 18 juin 1808 ; Cassation, 1er février 1819 ; Paris, 26 avril 1820 ; Agen, 15 janvier 1824 ; Rouen, 26 juin 1824 ; Cassation, 12 février 1828 ; Pau, 11 avril 1838 ; Lyon, 2 août 1845 ; Cassation, 16 décembre 1846 ; Orléans, 16 mars 1850). — 5° Enfin la femme, pour faciliter au mari l'emprunt que celui-ci veut contracter et qu'elle contracte avec lui, renonce à l'hypothèque légale qui garantit sa créance dotale et y subroge le prêteur : sera-t-elle liée par sa renonciation ? Elle sera liée si la dot mobilière est aliénable par elle (V., en ce sens, Lyon, 16 juillet 1840) ; mais, si la dot mobilière est inaliénable, la femme ne sera pas liée, puisque sa renonciation ne serait pas autre chose qu'une aliénation indirecte de cette dot. Cela est établi par l'arrêt déjà cité du 1er décembre 1851, et nombre d'arrêts antérieurs se sont prononcés en ce sens (V. Riom, 26 prairial an X ; Paris, 1er juillet 1809 ; Cassation, 28 juin 1810 ; Agen, 31 janvier 1824 ; Cassation, 19 décembre 1827 ; Rouen, 18 août 1829 ; Paris, 10 août 1831 ; Grenoble, 8 mars 1834 ; Cassation, 7 février 1843, 12 août 1846 ; Caën, 13 juillet 1848 ; Rennes, 26 janvier 1849 ; Cassation, 18 février et 26 août 1851).

Telle est la jurisprudence sous ce premier rapport. En laissant à l'écart quelques décisions isolées qui ne peuvent balancer l'autorité qui s'attache à un ensemble de décisions concordantes et homogènes, il en résulte que la femme est placée d'une manière absolue sous l'empire de la règle restrictive, et que, quant à elle,

Digitized by Google

elle ne peut aliéner, en quelque façon que ce soit, directement ou indirectement, sa dot même mobilière.

Quant au mari, la situation est toute différente. Il est à la fois détenteur et administrateur de la dot. Comme détenteur, il ne peut pas aliéner cette dot, qui n'est pas sienne; cela est virtuellement établi par nombre d'arrêts déjà cités, dont les motifs posent l'inaliénabilité en thèse générale; mais, en outre, cela résulte expressément d'un arrêt rendu en chambres réunies, qui a décidé, sur les conclusions conformes de M. le procureur général Dupin, que, lorsque le contrat de mariage imprime la dotalité aux deniers provenant du prix de l'immeuble dotal comme à toutes les autres sommes qui pourraient échoir à la femme pendant le mariage, toutes ces sommes, sans distinction, sont inaliénables, soit pour le mari, soit pour la femme, soit pour tous deux coinjointement (Cass., 29 mai 1839). Cependant si, comme détenteur de la dot, le mari n'en peut effectuer l'aliénation, il peut, comme administrateur, être conduit à en disposer : le principe d'inaliénabilité doit alors se combiner avec les nécessités qui résultent tant de la nature même de la dot que des pouvoirs que donne au mari l'administration spéciale dont il est investi. Et, à ce point de vue, la jurisprudence a successivement décidé : 1° que la transaction à l'occasion d'un capital litigieux faisant partie de la dot mobilière, et le remboursement qui en a été fait selon la valeur vénale, en conséquence de la transaction, sont actes d'administration et non d'aliénation (Cassation, 10 janvier 1826); — 2° que le mari peut disposer des capitaux mobiliers de la femme (Lyon, 2 août 1845; Caen, 13 juillet 1848; Paris, 18 décembre 1849; Bordeaux, 18 février 1850 : Cassation, 18 février et 26 août 1851); — 3° qu'il peut même céder, en paiement d'une dette qui lui est personnelle, une créance hypothécaire apportée en dot par sa femme (Paris, 28 mars, 1829; Grenoble, 13 juillet 1848); —4° qu'ayant un droit actuel sur les sommes constituées en dot qui ne seraient payables qu'à terme, il peut les céder et transporter avant l'échéance du terme (Agen, 30 novembre 1843; Cassation, 29 avril 1848), alors même que la femme aurait fait prononcer la séparation avant l'époque de l'exigibilité (Cassation, 12 août 1846; Bordeaux, 26 mai 1849); — 5 enfin l'arrêt, déjà cité, du 1er décembre 1851, confirme ces applications et les étend même en décidant que l'aliénation d'une rente dotale est licite, soit qu'elle ait été faite par le mari directement, soit qu'elle ait

Digitized by Google

été faite personnellement par la femme avec le concours et l'autorisation de son mari.

Telle est la jurisprudence dans son ensemble. En en résumant les données, il s'en induit : 1° *qu'en principe* la dot mobilière est inaliénable, comme la dot immobilière sous le Code Napoléon ; 2° et néanmoins que le principe d'inaliénabilité doit se combiner avec les droits du mari, et ne pas leur faire obstacle dans l'exercice de l'administration qui lui est conférée. — Ces deux propositions, sauf la trop grande extension que reçoit la seconde de quelques-unes des décisions que nous venons de citer, sont, en droit, d'une exactitude parfaite. Nous essaierons de le démontrer.

En principe, la dot, même mobilière, est inaliénable. Pourquoi ne le serait-elle pas? Les partisans de l'aliénabilité répondent que c'est : 1° parce que la dot mobilière pouvait être aliénée d'après le droit romain ; 2° parce l'aliénabilité en était également reconnue et admise, dans la plupart des pays de droit écrit, avant la promulgation du Code Napoléon ; 3° enfin parce que cette aliénabilité trouve aujourd'hui sa confirmation virtuelle dans le Code Napoléon, qui, toutes les fois qu'il parle d'inaliénabilité, mentionne limitativement, à l'exemple de la loi romaine, le *fonds* ou l'*immeuble* dotal. — Depuis, M. Toullier, qui le premier a posé cette thèse de l'inaliénabilité de la dot mobilière, jusqu'à M. Troplong, qui l'a développée avec tout l'éclat que ce savant magistrat donne habituellement à ses théories favorites, et jusqu'à M. Marcadé, qui, le dernier, l'a reproduite avec l'entraînement et la rigueur de déductions qui lui sont propres, la discussion s'est maintenue sur le même terrain ; si elle a gagné beaucoup par l'ampleur et la richesse des détails, elle est du moins restée toujours assise sur les mêmes bases. Reprenons-les donc une à une.

4. *Droit romain.* — C'est une méprise assurément fort grave du système que nous combattons d'avoir supposé qu'il pouvait rattacher à la législation romaine son application restreinte du principe d'inaliénabilité consacré par le Code Napoléon. En effet, en étudiant attentivement la gradation que le principe a suivi à Rome, il est facile de reconnaître que la législation romaine, dans la première des deux phases qu'elle embrasse sous ce rapport, ne peut servir à l'explication de l'article 1534 de notre Code, et que, dans la seconde, elle est, par l'ensemble des com-

Digitized by Google

binaisons qui la constituent, contraire plus que favorable à la thèse qu'on veut établir.

Le régime dotal, chez les Romains, se lie à l'introduction des mariages libres dans leur jurisprudence. Jusque-là, et quand le mariage était accompagné de la *manus*, par conséquent lorsque la femme, en passant sous la puissance de son mari, lui transmettait universellement et irrévocablement, comme à un chef, tout ce qu'elle avait de fortune, il ne pouvait être question, on le comprend, ni d'une dote apportée par la femme ni, par suite, du régime dotal; mais dès que, par une déviation du droit civil auquel se rattachait l'institution de la *manus*, le mariage libre s'introduisit dans les mœurs romaines et devint d'un usage commun, il en dut être autrement. Comme la femme alors conservait sa fortune, il fallut bien la faire contribuer pour sa part aux charges du mariage : de là l'apport d'une dot à la place de cette transmission universelle que le mariage avec *manus* opérait de plein droit en faveur du mari. Le régime dotal n'était pas encore constitué : car, par une imitation de la *manus*, qui transmettait irrévocablement au mari la fortune entière de sa femme, l'apport dotal lui transmettait irrévocablement aussi la propriété d'une dot qui se confondait ainsi avec ses biens, d'où elle ne devait plus sortir, qu'elle que fût la cause par laquelle le mariage venait à se dissoudre « *Dotis causa*, dit le jurisconsulte Paul, *perpetua est; et cum voto ejus, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit* » (L. I. ff. *De jure dotium*). Mais, après le divorce de Carvilius, une restriction fut apportée à cette propriété du mari, et constitua définitivement le régime dotal : ce fut l'obligation pour le mari de rendre les biens dotaux, obligation que la jurisprudence établit successivement, d'abord pour le cas de divorce, ensuite pour le cas de dissolution du mariage par la mort du mari, enfin, mais sous la législation de Justinien seulement, pour le cas de prédécès de la femme. Ainsi le régime dotal était pleinement constitué, et cependant le principe d'inaliénabilité n'avait pas encore fait son apparition dans la législation romaine. Pourquoi cela? Un jurisconsulte prématurément enlevé à la science, M. le professeur d'Hautuille, en a donné la raison : « L'inaliénabilité de la dot, dit-il, n'était point de l'essence du régime dotal; jamais, dans la jurisprudence romaine, elle n'a été considérée comme telle. Nous ne la voyons se produire que lorsque le régime dotal est déjà pleinement constitué et générale-

Digitized by Google

ment suivi depuis longtemps, et elle n'acquiert la force d'un principe général que dans l'époque de décadence de la législation... La loi d'inaliénabilité ne fut que l'une des garanties données à la femme pour la conservation de la dot. Mais, avant la loi d'inaliénabilité, la conservation de la dot était déjà de règle générale ; elle était, en effet, une conséquence forcée des premiers principes du régime dotal... La loi *Julia*, par laquelle Auguste introduisit l'inaliénabilité de la dot, ne changea donc rien d'essentiel au régime dotal ; elle y ajouta seulement une garantie de la conservation de la dot... » (*Revue de législat.*, t. VII, p. 313.) Tel paraît être le sentiment de M. Ortolan (V. *Inst.*, l. II, t. VII, § 3, t. I, p. 479). Aujourd'hui, au contraire, l'inaliénabilité est l'essence même du régime dotal ; première raison de reconnaître que le principe, tel qu'il a été introduit par la loi *Julia*, ne peut servir d'explication au principe consacré par l'article 1554 de notre Code.

Les motifs même de la loi *Julia* en fournissent une seconde non moins décisive. — Les guerres qui avaient signalé la fin de la république romaine amoindrirent la population d'une manière considérable : l'empire, en s'établissant, trouvait une nation affaiblie et décimée. Il fallait à tout prix favoriser l'accroissement de la population en excitant au mariage. La législation se proposa d'y pourvoir. Dans cette vue furent émises les deux lois les plus importantes peut-être de toutes celles qui avaient été rendues depuis la loi des Douze Tables, les fameuses lois *Julia* et *Papia Poppæa*, par lesquelles Auguste, après s'être entouré de l'avis des jurisconsultes les plus célèbres, créait certaines incapacités de recevoir par testament contre le *cœlebs*, c'est-à-dire contre toute personne qui, dans une certaine limite d'âge, n'avait pas contracté mariage, et contre l'*orbus*, c'est-à-dire tout individu qui aussi, dans une limite d'âge, n'avait pas engendré ou adopté d'enfants. La même pensée politique inspira le plébiciste rendu sous le nom de *Lex Julia, de adulteriis et de fundo dotali*. Les lois *Julia* et *Papia* s'attaquaient au *cœlebs* et à l'*orbus* comme vivant dans un état contraire au bien de l'empire ; la loi *Julia, de fundo dotali* secondait la pensée des précédentes : car, en augmentant les garanties qui assuraient à la femme la restitution de sa dot, elle voulait lui faciliter les moyens de sortir du veuvage en se remariant après la dissolution d'un précédent mariage. C'est ainsi que la loi romaine dit : « *Reipublicæ interest*,

Digitized by Google

mulieres dotes salvas habere, PROPTER QUAS NUBERE POSSUNT » (L. II, ff. *De jure dotium*); et ailleurs : « *Dotium causa semper et ubique præcipua est : nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas* AD SOBOLEM PROCREANDAM, REPLENDAMQUE LIBERIS CIVITATEM, *maxime sit necessarium.* » (L. II, ff. *Sol. matr.*) — Or ces motifs de la loi sont non seulement différents de ceux qui ont fait consacrer l'inaliénabilité par la loi française, mais encore contraires à l'esprit général de notre législation. Bien loin d'exciter aux seconds mariages, la loi française les voit avec défaveur, à ce point qu'elle frappe d'interdictions et d'incapacités les veuves qni se remarient (art. 386, 399, 400) ; et aujourd'hui, retenons bien ceci, l'inaliénabilité de la dot, toute dans l'intérêt du ménage ou des enfants, a uniquement pour but de fortifier la femme contre l'ascendant marital.

Ne cherchons donc pas l'esprit et la portée de notre inaliénabilité dotale dans l'inaliénabilité consacrée par l'ancienne loi *Julia;* elles ont l'une et l'autre un point de départ et un but si essentiellement différents, qu'on ne pourrait les rattacher entre elles sans une évidente confusion.

Le dernier état du droit romain, formé sous l'influence du christianisme, offre, pour la comparaison, un point de vue et des raisons plus acceptables. L'inaliénabilité, quoiqu'elle n'ait pas été à Rome de l'essence du régime dotal, doit cependant y être considérée comme l'une des mesures qui rentraient le mieux dans l'esprit de ce régime, en ce que plus sûrement qu'aucune autre elle pourvoyait à la conservation de la dot. Aussi elle survécut aux causes passagères qui l'avaient fait introduire dans la législation, et cinq siècles après son apparition, Justinien lui donna l'extension la plus large qu'elle ait reçue de la loi romaine, en lui assignant, en même temps, son motif réel et sérieux, la nécessité de protéger la femme contre sa propre faiblesse. Dans cette nouvelle phase du régime dotal, la loi romaine et notre législation ont un point de départ commun ; on peut donc les rapprocher et les comparer. Mais voyons ce que la thèse que nous combattons doit gagner à ce rapprochement.

D'après la loi *Julia,* l'inaliénabilité était renfermée dans des limites assez étroites : d'une part, la loi ne s'appliquait qu'au fonds dotal italique ; d'une autre part, elle prohibait l'hypothèque seulement d'une manière absolue, l'aliénation demeurant per-

Digitized by Google

mise quand la femme y consentait. Sous l'un et l'autre rapport, la prohibition fut étendue par Justinien : « *Placet itaque nobis*, dit-il, *eamdem observationem non tantum in italicis fundis, sed etiam in provincialibus extendi... Sed ne et consensu mulieris hypothecæ ejus minuantur, necessarium est et in hac parte mulieribus subvenire : hoc tantum modo addito, ut fundum dotale non solum hypothecæ titulo dare nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare : ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam* » (L. *unic.*, C. *De rei uxor. act.*, § 15. — V. aussi *Inst.*, lib. II, tit. 8, *in princ.*). Néanmoins, ce texte concorde avec la loi *Julia*, en ce que la prohibition qu'il renferme s'applique uniquement, comme la prohibition de cette dernière loi, au *fonds*, c'est-à-dire, d'après le langage du droit romain, à l'*immeuble* dotal. De là l'argument fondamental de la théorie que nous combattons. Le fonds dotal seul, dit-on, est inaliénable : donc, après la loi de Justinien comme après celle d'Auguste, le mari a conservé le pouvoir de disposer par aliénation ou autrement *des choses mobilières dotales*. L'induction était juste, sans doute, après la loi unique au C. *de rei uxor. act.* Mais le fut-elle également, plus tard, en présence de la Novelle LXI, dans laquelle, Justinien, après avoir consacré en principe l'inaliénabilité des immeubles compris dans la donation *propter nuptias*, ajoutait : « *Et multo potius hæc in dote valebunt, si quid dotis aut alienetur, aut supponatur. Jam enim hæc sufficienter delimata atque sancita sunt?* » On en peut douter, car, ici ce n'est plus *de rebus soli*, de *prædio*, ou *fundo dotale* que parle le législateur ; il dit, d'une manière générale, *si quid dotis alienetur*.

Aussi, sous l'influence de ce texte nouveau, des opinions se sont formées qui ont appliqué à la dot mobilière l'inaliénabilité, que la loi *Julia* et la loi *de rei uxor. act.* n'avaient formellement édictée que relativement à la dot immobilière. En effet, si de nombreux commentateurs, tels que Voët, Vinnius, Noodt, Brisson, A. Sande, ont soutenu, après Cujas, que, même après la Novelle LXI, l'inaliénabilité n'atteignit que l'immeuble dotal, ces commentateurs eux-mêmes, et notamment Vinnius, s'expriment en des termes qui montrent assez que d'autres jurisconsultes avaient émis la doctrine contraire et y avaient persisté. La plupart de ces derniers, distinguant le Digeste et le Code de la Novelle LXI, disaient que, par l'effet de cette Novelle, les meubles dotaux, précédemment aliénables, étaient devenues inaliénables, en tant

Digitized by Google

qu'ils étaient de nature à être conservés. Mathieu Wesenbach, en son *Commentaire du Digeste*, livre XXIII, titre 5, n° 4, après avoir rappelé la législation antérieure à Justinien, ajoute : « *Sed hoc Justinianus ad provinciales etiam fundos*, *et* (*ut plerique existimant*) AD RES ETIAM MOBILES, *quæ servando servari possunt*, *produxit*. » Et ce n'est pas, on le voit, une opinion isolée : *Ut plerique existimant*, dit Wesenbach. En effet, sa théorie qui, sur l'autorité de Bartole, fut incontestée parmi les jurisconsultes des XIVe et XVe siècles, et demeura inébranlable jusqu'au jour où Cujas vint l'attaquer, était professée par Baldus Novellus, Perezius, Gregorius Tholosanus qui, comme lui, n'admettaient l'aliénabilité des meubles dotaux que relativement à ceux qui, par leur nature, ne pouvaient pas être conservés.

Cependant, nous ne nous attacherons pas à ce point de vue ; nous admetterons même, avec Cujas et avec la majorité des commentateurs, que la controverse devait être tranchée, en droit romain, au profit de l'aliénabilité de la dot mobilière. S'ensuit-il que la thèse que nous combattons trouve aujourd'hui dans la législation romaine un plus solide appui? Non.

Et d'abord, quel qu'ait été, par rapport à la dot mobilière, l'effet de la Novelle LXI, il est certain qu'elle n'avait pas supprimé les mesures à l'aide desquelles la loi avait pourvu à ce que la faculté laissée au mari de disposer des choses mobilières dotales, ne tournât pas au détriment de la femme. Ainsi, le mari ne pouvait user de cette faculté s'il n'était pas solvable (L. XXI, ff. *De manum*. L. 1, C. *De serv. pig. dat. man.*). Cette condition venant à manquer, l'aliénation était nulle, comme faite en fraude de la femme ou de ses droits de créancière. « *Et dos*, dit Cujas, *resp. Pap.*, lib. XIII, l. I, t. I, *quæ alias non repetitur nisi soluto matrimonio, hoc casu, nempe marito vergente ad inopiam, etiam manente matrimonio repeti potest* ; *aut cautio idonea de dote restituendâ soluto matrimonio*. » D'un autre côté, le droit du mari fut subordonné plus tard à sa solvabilité à l'époque où la dot devait être restituée ; en cas d'insolvabilité, la femme, si les meubles dotaux existaient en nature aux mains des tiers possesseurs, pouvait les revendiquer (L. XXX, C. *De jure dot.*).

Enfin, indépendamment de ces mesures qui touchaient au droit de disposition du mari, d'autres tempéraments étaient établis sur des textes dont le but était de prémunir la femme contre ses propres actes : de ce nombre d'abord la Novelle 97,

Digitized by Google

chapitre 1er, qui, ajoutant à la Novelle 61, d'après laquelle les immeubles compris dans la donation *Propter nuptias* étaient inaliénables comme garantissant la dot, voulut que cette donation fût d'une valeur égale à celle de la dot, pour assurer d'autant plus la restitution de celle-ci; de ce nombre ensuite, et d'une manière plus directe, non seulement le sénatus-consulte Velléien, qui annulait les cautionnements consentis par la femme, mais encore la loi 12, C. *Qui potior. in pign.*, qui lui donnait une hypothèque privilégiée primant même les créanciers antérieurs au mariage.

On comprend de quelle importance dut être, pour la garantie des créances dotales, cet ensemble de mesures protectrices. Notre législation ne les admet pas aujourd'hui. C'est pour cela que remonter au droit romain, et fonder sur l'autorité de ce droit l'aliénabilité prétendue de la dot mobilière sous le Code Napoléon, c'est, en scindant les traditions les plus certaines, nuire à la thèse qu'on veut servir et la condamner, puisqu'en définitive, quel qu'ait été à Rome le droit de disposition du mari, les institutions complémentaires au moyen desquelles la dot mobilière fut toujours hors de péril, ne sont pas autre chose que l'équivalent de l'inaliénabilité [1].

[1] Cette partie de nos observations a été relevée par M. Marcadé dans l'un des *examens doctrinaux* qu'il a publiés dans cette *Revue* (V. plus haut, p. 212 et suiv.). Mais la critique ne va pas droit à l'objection : c'est notre faute, assurément, car à qui l'écrivain doit-il s'en prendre, si non à lui-même, de n'être pas compris? Quoi qu'il en soit, notre judicieux contradicteur nous reproche d'avoir exhumé cette vieille erreur, condamnée et à tout jamais détruite par Cujas, que l'inaliénabilité de la dot mobilière avait été admise dans le dernier état du droit romain. La vérité est que nous n'avons entendu dire rien de semblable. Nous avons dit que cet avis a été exprimé, non seulement par Wesenbach, comme le dit M. Marcadé, mais encore par Grégorius Tholosanus, cité et discuté par M. Troplong, et par Baldus Novellus, Schneidewin, Perezius, cités par M. Tessier dans ses *quest. sur la dot*, No 82. Mais nous avons exprimé, en même temps, que ce n'était pas, il s'en faut, l'opinion dominante, et, allant plus loin, nous avons soutenu que, même en prenant comme seule exacte l'opinion de Cujas, on ne pourrait pas encore fonder sur l'autorité du droit romain l'aliénabilité prétendue de la dot mobilière sous le Code Napoléon. Voici donc la portée de notre observation. Vous opposez à la femme dotale, la législation romaine, à propos de la dot mobilière. A la bonne heure! Mais alors rendez-lui le Velléien qui lui défendait de s'obliger pour autrui; la loi 30 de *jur dot*, qui lui permettait de revendiquer les objets aliénés par son mari en cas d'insolvabilité; la loi *qui potior.*, qui lui accordait une

Digitized by Google

5. *Ancien droit français.*— Nous trouverons plus que cela encore dans la jurisprudence de nos anciens Parlements. Les idées émises par Bartole, et qui lui survécurent pendant deux siècles pour ainsi dire sans opposition, avaient passé dans les habitudes des peuples régis par le droit romain, et y avaient fondé une coutume que les Parlements, en général, s'étaient attachés à respecter.

Sauf quelques dissentiments de détail, la jurisprudence ancienne était unanime : partout il était reconnu, d'une part, quant à la femme, que d'une manière absolue elle n'avait pas la faculté d'aliéner la dot mobilière non seulement pendant le mariage, mais encore après la séparation de biens, sauf les cas d'exception pour des causes déterminées ; d'une autre part, quant au mari, que si une certaine latitude devait lui être laissée à raison de son administration, il n'avait pas, du moins, le droit de disposer de la dot comme de sa propre chose.

Citons, avant d'en venir à la jurispridence des Parlements, quelques coutumes qui n'étaient pas moins protectrices sous ce rapport.

Ainsi, en Auvergne, l'un des pays qui ressortissaient au Parlement de Paris, la Cout., tit. 14, art. 3, disait : « Le mari et femme, conjointement ou séparément, constant le mariage ou fiançailles, ne peuvent vendre, aliéner, permuter ni autrement disposer *des biens dotaux* de ladite femme au préjudice d'icelle, et sont telles dispositions et aliénations nulles et de nul effet et valeur, et ne sont validées par serment. » — La Coutume de la Marche contenait, dans son art. 227, une disposition semblable. Ces Coutumes, comme on voit, parlaient des *biens dotaux* indistinctement, mobiliers ou immobiliers ; et Chabrol, sur la première, fait la remarque suivante : « Les Coutumes de Paris, Bourbonnais, Berry, Nivernais, permettent au mari seul de disposer à son gré des meubles et conquêts ; mais celle des propres lui est interdite, et il faut que la femme aliène conjointe-

hypothèque privilégiée, même vis-à-vis des créanciers antérieurs au mariage ; rendez-lui la nov. 61, qui rendait les immeubles compris dans la donation anté-nuptiale inaliénable pour garantir la dot, et la nov. 97, qui voulait que la donation anté-nuptiale fût d'une valeur égale à celle de la dot. Rendez à la femme toutes ces garanties que la loi romaine lui assurait et que le Code Napoléon lui a refusées : la femme alors n'aura pas besoin de l'inaliénabilité pour sa dot mobilière.

Digitized by Google

ment et en l'autorité de son mari, *ce que nous n'observons point :* car l'on ne peut point toucher aux biens dotaux de la femme pendant son mariage. » — En effet, la Cour de cassation juge, dans l'un des arrêts indiqués dans le résumé de jurisprudence ci-dessus présenté, que, sous la Coutume d'Auvergne, *la dot mobilière* était inaliénable, même de la part de la femme séparée de biens, et que, dès lors, on a dû réputer nul et de nul effet, l'abandon qu'une femme séparée de biens a fait d'une partie de sa créance dotale au profit d'un créancier de son mari (Cass., 7 fév. 1843). — La Coutume de Normandie n'était pas moins prévoyante : il résulte de la combinaison de ses articles 538, 539, 540, que la femme dont *la dot* avait été aliénée, avait son recours contre le détenteur, lorsqu'elle ne pouvait avoir la récompense sur les biens de son mari. (V. le *Comm.* de Pesnelle, p. 535 et suiv., sur ces articles de la Coutume). La Coutume parlait de la dot sans distinction, et par là elle entendait les biens dotaux mobiliers ou immobiliers; aussi la Cour de cassation a-t-elle jugé que la femme mariée sous la Coutume de Normandie, alors même que son contrat de mariage constate la stipulation d'une communauté d'acquêts, n'a pu, en s'obligeant solidairement avec son mari, subroger un créancier à l'hypothèque légale qu'elle avait pour sûreté de la rente par elle apportée en dot (Cass. 19 déc. 1827).

Si telle fut, dans ces Coutumes spéciales, la prévoyance de la loi, on pressent que la prévoyance ne dut pas être moindre dans les pays de droit écrit.

Aussi, à Bordeaux, il est posé en principe que les dots des femmes indistinctement sont inaliénables, que les femmes, quoique séparées de biens et autorisées par leur mari ou par la justice, ne peuvent aliéner leurs biens dotaux, si ce n'est dans le cas où, pour des causes privilégiées, la loi leur permet d'aliéner ; que, séparées ou non, elles ne peuvent recevoir le paiement de leurs biens, ni donner consentement valable pour renoncer aux hypothèques et priviléges qu'elles ont sur les biens de leur mari pour sûreté de leurs dots et conventions matrimoniales (Salviat, *Jurisp. du Parl. de Bordeaux*, v° *Dot*, n° 9, et les *attest.* des 17 août 1672, 4 déc. 1686, 7 juil. 1696 et 2 juil. 1708 qu'il cite). — A la vérité, les meubles corporels fongibles sont aliénables entre les mains du mari, de même que les meubles périssables, et ceux qui, non fongibles ni périssables, ont été mis à prix par le contrat de mariage (V. Ferron, p. 152, et Dupin sur Ferron, lettre

Digitized by Google

M., n° 41) : les nécessités de l'administration l'exigent ainsi. Mais une exception formelle est faite pour les choses incorporelles : il résulte de l'attest. de 1713, cité par Salviat, *loc. cit.*, n° 7, que la dot de la femme, quoique constituée en obligations exigibles, et bien que le mari ait été fait, dans son contrat de mariage, procureur général avec pouvoir de les lever sans donner caution ni fournir emploi, n'est jamais sujette aux dettes du mari, et que ses créanciers ne peuvent ni saisir ni arrêter les capitaux des sommes dotales, pour quelque cause et prétexte que ce soit ; et un arrêt du Parlement en date du 19 juin 1607, rapporté dans Automne, avait même étendu la décision à la saisie de meubles corporels mis à prix dans le contrat, mais dans un cas où le mari était insolvable.

Dans le Languedoc, la seule des provinces dont le parlement eût conservé aux femmes le privilége résultant de la loi 12, au C. *Qui potior. in pign.*, la dot mobilière ne dut pas être l'objet d'une protection moins efficace. Un arrêt de la Cour de Toulouse du 7 therm. an XII décide cependant que la dot mobilière est aliénable pendant le mariage, d'après la jurisprudence du parlement de Toulouse ; et Serres, dans ses *Inst.*, liv. 2, tit. 8, p. 193, dit que, « par un arrêt du 11 août 1705, dans la cause du sieur du Roc de Pradels, il a été jugé que le mari dont la femme s'était constituée en dot tous ses biens avait pu valablement traiter et transiger des droits de la femme, quoiqu'elle fût mineure lors de la transaction, et qu'il fût même question d'un compte tutélaire. » Mais ces décisions ne sont nullement concluantes en faveur de l'aliénabilité de la dot mobilière. Quant à celle que cite Serres, elle a trait à un acte émanant du mari ; or, on sent que sa qualité d'administrateur devait lui laisser une certaine latitude pour transiger, d'autant plus que la transaction, à l'égard de laquelle on n'avait pas encore posé nettement la règle « que, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer » (art. 2045), pouvait être envisagée comme ne comportant pas, pour la femme, le même préjudice qu'une aliénation proprement dite. Quant à l'arrêt du 7 therm. an XII, il est intervenu dans l'espèce d'une donation consentie par la femme ; mais il est contraire à la jurisprudence dominante dans le parlement ; car, s'il y avait quelque incertitude sur le point de savoir si la prohibition d'aliéner devait s'étendre aux actes de libéralité, l'influence maritale n'étant pas également à redouter relativement à ces actes,

Digitized by Google

l'opinion la plus commune était cependant que la donation entre vifs de sommes dotales faites par une femme à des collatéraux ou à des étrangers était nulle comme contraire à la prohibition d'aliéner les biens dotaux (*V.* d'Olive, liv. 3, chap. 29 et l'annot. de Despeisses, t. 1er, p. 511. — *V.* aussi les arrêts cités par ces auteurs des 2 janv. 1637, 3 fév. 1639 et fév. 1657); et si un arrêt du 6 fév. 1723, rapporté par Vedel sur Catelan, liv. 4, chap. 4, a décidé « qu'une donation faite par la dame Mafre à sa nièce, en faveur de son mariage, de la somme de 50 livres *faisant partie des cas dotaux* de la tante, était valable », il est certain par l'arrêt lui-même que la donation fut validée, non pas parce que la dot mobilière fut regardée comme aliénable, mais parce que la règle de l'inaliénabilité ne parut pas pouvoir être étendue aux donations quand elles étaient aussi minimes. (*V.* Fromental, vo *Dot*, p. 256; De la Touloubre, *Quest. not. de du Périer*, liv. 1er, quest. 3, t. 1er, p. 24, et le *Rép.* de Merlin, vo *Dot*, § 8). Quoiqu'il en soit, il était constant, dans le ressort du parlement de Toulouse comme dans celui de Bordeaux, que la femme ne pouvait, sans l'assistance de son mari, céder ses actions ou obligations dotales (*V.* de Juin, t. 6, p. 46); Serres lui-même en convient, *loc. cit.*, et cite un arrêt du 17 mars 1736 qui en a jugé ainsi. De même il était constant que, hors les cas d'exception pour certaines causes déterminées, la femme n'engageait pas sa dot en empruntant pendant son mariage, et que, séparée de biens, elle n'avait pas la faculté d'aliéner sa dot, et ne pouvait la toucher, lorsqu'elle consistait en une somme d'argent, qu'à charge de placement ou de bail de caution. (*V.* Vedel sur Catelan, liv. 4, chap. 45; Despeisses, t. 1er, p. 492; Fromental, vo *Séparation;* Laviguerie, arrêts inédits du parlement de Toulouse, t. 1er, p. 257). Enfin il était constant que, si les meubles dotaux corporels dont le mari avait disposé pendant le mariage ne pouvaient être revendiqués par la femme, le mariage une fois dissous, du moins la femme pouvait demander la cessation de la saisie de ces mêmes meubles, faite pour dettes du mari. (Albert, lettre F., chap. 12, p. 216; Despeisses et son annotateur, t. 1er, p. 508; Fromental, vo *Dot*, p. 245.)

En Provence, les règles, en général, étaient les mêmes. D'une part, Julien, *Élém. de jurispr.*, p. 57, no 28, exprime « que la femme ne peut, pendant le mariage, aliéner ni engager sa dot, soit que la dot consiste en argent, en meubles ou immeubles ; »

Digitized by Google

d'une autre part, Dupérier, t. 1, quest. 3, dit « que *l'opinion commune* est, en Provence, que l'obligation de la femme est nulle sans distinction (des biens dotaux ou paraphernaux); mais qu'il reconnaît qu'il n'y a point de raison solide pour cela ni dans les lois ni dans le sentiment des auteurs. » (*V.* aussi Roussilhe, *De la dot*, n° 378).— Quoiqu'il en soit de cette critique de Dupérier, juste d'ailleurs par rapport aux paraphernaux, elle constate une opinion commune, dans le ressort du parlement d'Aix, à savoir que la dot indistinctement était inaliénable. Puis, entre autres conséquences de l'inaliénabilité, les auteurs déduisent celles-ci : que la libération résultant de la prescription durant le mariage d'une créance dotale n'était pas définitive, en ce sens que la femme pouvait revenir contre le débiteur qui avait prescrit en cas d'insolvabilité du mari à l'époque où la dot devait être restituée ; que les rentes dotales transportées par le mari pouvaient, au décès de celui-ci, être reprises par la femme, si elles subsistaient entre les mains des possesseurs par le non-remboursement du capital (*V.* M. Tessier, *Quest. sur la dot*, n° 94, et les autorités qu'il cite).

En Dauphiné, la femme et les héritiers de la femme avaient la faculté de faire casser l'aliénation des meubles faite par le mari, lorsque ces meubles ne consistaient pas en poids, nombre et mesure, la raison étant la même que pour l'immeuble constitué dotal, à savoir : la dotalité desdits meubles. On peut citer un arrêt du 14 avril 1600, rapporté par Expilly, chap. 123; on peut citer également un arrêt du 23 fév. 1783, rapporté par Roussilhe, n° 377, arrêt d'après lequel les deniers dotaux, comme les immeubles constitués en dot, ne peuvent jamais être obligés par la femme, même du consentement du mari.

Restent les pays de droit écrit qui, indépendamment de l'Auvergne, étaient compris dans le ressort du parlement de Paris : nous voulons parler du Lyonnais, du Forez, du Beaujollais et du Mâconnais. La question prit dans ces pays, en raison de leurs habitudes commerciales, une importance qu'elle n'avait pas au même degré ailleurs; et les principes y rencontrèrent la plus vive contradiction. Cependant, même dans ces contrées, et avant l'édit du 21 avril 1664, qui leur fit une règle à part, l'opposition fut vaincue par la jurisprudence. Rendons compte de cette controverse dont Henrys, qui vivait dans le pays, nous a conservé les divers incidents.

Digitized by Google

Au quatrième livre de ses Œuvres, chap. 3, quest. 8, Henrys se demande « si la femme mariée peut intervenir et s'obliger pour le fait du mari, aliéner ou engager ses biens dotaux en pays de droit écrit »; et, après avoir exposé toutes les raisons dans le sens de la négative, il ajoute : « Nonobstant ces raisons, j'ai toujours cru que la femme pouvait valablement s'obliger et vendre ses héritages, encore qu'ils fussent dotaux... De fait, c'était l'usage commun de la province, et, depuis que j'ai suivi le barreau, je n'ai point appris qu'aucune femme ait été relevée de l'aliénation de son bien dotal qu'en proposant et vérifiant des faits de force ou d'une crainte suffisante, et autre que celle qui résulte de l'autorité maritale. » Et l'auteur rapporte à l'appui deux arrêts des 26 janv. 1621 et 14 juin 1636, qui déboutent une femme de ses lettres, mais qui ne sont pas ponctuels en ce que ces arrêts ne valident l'obligation de la femme que pour être exécutée sur les *biens paraphernaux*.

Henrys s'en était tenu à ces détails, dans lesquels il signalait ce qu'il appelait l'usage commun de la province. Mais, tandis qu'il continuait la composition de son œuvre, la question se produisit de nouveau et fut agitée à grand bruit, car on fit appel aux officiers des siéges de Lyon, de Montbrison, de Villefranche et de Mâcon, qui délivrèrent des actes de notoriété attestant que la loi *Julia* n'était pas observée dans l'étendue de ces siéges; et, nonobstant ces actes de notoriété, le parlement de Paris jugea, par trois arrêts successifs des 7 sept. 1654, 8 mai 1657 et 13 juil. 1658, dont les deux derniers furent rendus sur requête civile, que la loi *Julia* devait être observée tant à l'égard de la dot, soit mobilière, soit immobilière, qu'à l'égard de l'augment et intérêts de l'un et de l'autre. Et Henrys, revenant, à cette occasion, sur la question qu'il s'était proposée, se range à l'avis de la jurisprudence. « On en murmure dans Lyon, dit-il, liv. 4, quest. 141, n° 4, et on dit que cela nuit au commerce; mais, à dire vrai, la loi y étant si expresse, et n'y ayant point été dérogé par aucune ordonnance ni loi contraire, il n'y a pas sujet de se plaindre si la Cour confirme notre droit municipal. — Que, s'il faut recourir à la raison, il n'y a plus d'apparence d'ôter aux femmes le pouvoir de vendre ou d'engager leurs biens dotaux que de leur laisser. Outre cette règle générale, qui veut que le public s'intéresse à la dotation des femmes, il est notoire que c'est un avantage commun aux familles, qu'y arrivant de la disgrâce et de la déroute,

Digitized by Google

il y ait quelques ressources pour la femme et pour les enfants; que celle qui aura apporté une bonne dot ne soit pas réduite à mendier l'assistance de ses proches; que ceux-ci qui avaient eu une naissance avantageuse ne soient pas nécessités de chercher leur pain; bref, que dans un naufrage il leur reste quelques tables de ces débris. — C'est de quoi les créanciers ne peuvent pas se plaindre; ils ont suivi la foi du mari... Que, s'ils se sont assurés sur l'obligation de la femme, ils ont pu apprendre que c'était un appui aussi faible que son sujet, et que, se pouvant faire relever, ils doivent en appréhender l'événement... » Henrys rapporte ensuite les trois arrêts précités, et enfin il ajoute : « ... Tant y a que ce dernier arrêt, rendu sur les requêtes civiles et avec grande connaissance de cause, ne doit plus laisser de doute; et il en faut demeurer là s'il n'y est dérogé par un édit. »

A la vérité, la province du Lyonnais n'accepta pas sa défaite; le pouvoir judiciaire lui ayant fait défaut, elle eut recours au pouvoir législatif, et, deux ans après la mort d'Henrys, sa prédiction se vérifia : l'édit du 21 avril 1664 abrogea, pour la province lyonnaise et les pays qu'elle comprenait, la loi *Julia* et les principes de l'inaliénabilité de la dot. Mais ce fait même assigne à ces principes la portée réelle qu'ils eurent dans les pays de droit écrit : car quelle qu'ait été la cause de l'édit, soit qu'il faille admettre, avec Bretonnier sur Henrys, *loc. cit.*, quest. 8, n° 16, « que tout cela fut fait à la poursuite du sieur Perrachon de Saint-Maurice, fermier général de la généralité de Lyon, qui avait intérêt de mettre les sous-fermiers en état de pouvoir faire entrer leurs femmes dans les baux et leur faire obliger leurs biens dotaux », soit qu'avec M. Troplong, t. 4, n° 3215, il faille dire que ce fait a été allégué avec légèreté par Bretonnier, et assigner pour cause à l'édit les motifs d'intérêt général formulés au préambule, un point cependant demeure constant, c'est qu'en procédant par voie d'abrogation, et en disant « que désormais les femmes pourront obliger leurs biens *dotaux mobiliers et immobiliers* », l'édit constate ce que nous avons signalé comme résultant de la jurisprudence des parlements, à savoir qu'avant lui dans le Lyonnais, et depuis dans tous les autres pays de droit écrit, les biens dotaux, soit mobiliers, soit immobiliers, ne pouvaient être ni engagés ni vendus.

6. *Droit nouveau.* — C'est cette jurisprudence que le Code Napoléon a voulu sanctionner; toute la discussion en témoigne.

Digitized by Google

Les rédacteurs du Code trouvaient deux régimes établis en France : le régime dotal et le régime de la communauté, ayant chacun ses avantages et ses inconvénients, mais chacun préféré ou repoussé, suivant les habitudes des diverses parties de la France. Avant tout, ces habitudes voulaient être respectées. On parut l'oublier un instant ; car le premier projet du Code, présenté par M. Portalis au nom d'une commission formée par le gouvernement, ne contenait aucune disposition qui autorisât expressément le régime dotal. Les provinces du midi de la France se crurent sacrifiées à celles du nord ; elles réclamèrent, et, comme on s'attache d'autant plus à une institution qu'on la croit plus menacée, ces provinces exaltèrent outre mesure le régime dotal aux dépens de la communauté, qu'elles décrièrent de toutes leurs forces. C'est peut-être à cause de ces exagérations que la réclamation n'atteignit pas le but du premier coup. Un nouveau projet de loi fut présenté au Conseil d'État le 6 vendém. an XII (*V.* Locré, t. 13, p. 122 et suiv.; Fenet, t. 13, p. 492); mais, bien qu'il fût parlé dans ce projet de la stipulation que les biens des époux seraient dotaux en tout ou en partie, le régime dotal qu'il consacrait n'avait guère de ce régime que le nom ; il correspondait à l'association conjugale qui se forme aujourd'hui quand les époux déclarent qu'ils se marient sans communauté; et, quant à l'inaliénabilité dont les parlements avaient fait la base même et le principe du régime dotal, elle était formellement proscrite dans le projet. En le présentant, M. Berlier avait dit : « Il est difficile de comprendre comment la femme était mieux protégée par le droit écrit, à moins que la pensée ne s'arrête à *l'inaliénabilité de la dot;* mais c'était une protection achetée bien chèrement par l'incapacité qu'elle imprimait à la femme de disposer de son bien dotal, même pour son intérêt évident, et sans qu'elle pût être relevée de cette incapacité par rien. Une telle protection ne serait-elle pas plus exactement définie : une entrave excessive?... Qu'est-ce donc qu'un tel système a de préférable à celui qui admet l'aliénabilité sans distinction, mais sous des conditions sages, et qui donne à la femme toutes les actions même hypothécaires les plus étendues pour les remplois?... » (*V.* Locré, t. 13, p. 148; Fenet, t. 13, p. 525). En conséquence, le projet disait, dans son art. 138 : « Les immeubles constitués en dot, même dans le cas du présent paragraphe, ne sont point inaliénables. — *Toute convention contraire est nulle*

Digitized by Google

sauf la stipulation du droit de retour ou de toutes autres dispositions permises par le Code, notamment, etc. » Quant aux meubles, l'art. 134, correspondant à l'art. 1551 du Code, les mettait en la possession du mari et lui en laissait la disposition, sous la condition de restituer les capitaux après la dissolution du mariage.

Les partisans de la dotalité, on le comprend, ne purent pas se tenir pour satisfaits ; ils ne purent pas surtout accepter la question dans les termes où elle avait été posée par M. Berlier, dans les termes où elle est posée encore aujourd'hui par les partisans de la doctrine que nous combattons. Il ne s'agissait pas, en effet, de savoir si l'inaliénabilité était en soi un principe bon ou mauvais, dangereux ou salutaire ; il s'agissait *uniquement* de savoir si en admettant le régime dotal, et en le présentant aux citoyens comme l'un des régimes qu'ils seraient libres de choisir, on pouvait l'admettre tronqué et défiguré par la suppression de cette inaliénabilité qui précisément lui donne son caractère propre et distinctif. Aussi quand l'article 138 du projet fut soumis à la discussion, dans cette même séance du 6 vendémiaire an XII, il s'éleva un débat sur lequel nous ne saurions trop appeler l'attention du lecteur ; la pensée des rédacteurs du Code s'y révèle de la manière la plus nette : dans cette pensée est la pensée de la loi.

M. Portalis fit remarquer que, *si la dot* est déclarée aliénable, le système des pays de droit écrit est entièrement sacrifié, et ceux qui croiront le prendre pour règle de leur association se trouveront cependant régis par le système coutumier. — M. Berlier répondit qu'à la vérité l'article contient une grande dérogation à la loi *Julia;* car, par l'effet de cette loi, le fonds dotal était inaliénable ; et l'article proposé ne veut pas même qu'une disposition spéciale puisse le rendre tel. L'on a considéré que *la dot d'une femme* lui était constituée ou par elle-même ou par autrui, et notamment par ses parents. Au premier cas on a trouvé qu'il était peu conforme au droit de propriété que la femme se privât de ce droit, et s'imposât à elle-même des entraves qui seraient souvent suivies de regrets ; l'on a pensé aussi que cette incapacité civile nuirait à la société entière, et n'était qu'une espèce de substitution dont la femme se grevait elle-même. Au deuxième cas, c'est-à-dire lorsque la dot est constituée par des parents, ils peuvent stipuler, soit un droit de retour, soit les dispositions per-

Digitized by Google

mises par l'article 337 du livre Ier du Code. — M. Portalis réplique qu'on s'est nécessairement formé une fausse idée *de l'inaliénabilité de la dot* lorsqu'on a craint qu'elle ne mit obstacle au droit de retour, et qu'elle ne ramenât les inconvénients des substitutions. Et, en effet, l'inaliénabilité n'existe et n'a de résultat que pendant la durée du mariage; elle s'évanouit aussitôt qu'il est dissous. Pendant le mariage, elle a le double objet de conserver *la dot* à la femme et les fruits de la dot au mari. Sous le premier rapport, elle empêche le mari de *disposer seul de la dot* sous aucun prétexte, et la femme d'en disposer, même avec le consentement du mari, sans causes légitimes; sous le second, elle interdit à la femme de donner *sa dot* entre-vifs, mais elle lui laisse la faculté d'en disposer par testament, parce qu'alors la donation n'a d'effets que dans un temps où le mari n'a plus aucun droit aux fruits. Ainsi *la dot* devenant aliénable après la dissolution du mariage, il est évident que l'inaliénabilité n'a rien de commun ni avec les substitutions, ni avec le droit de retour, qui ne peut avoir lieu qu'à une époque où l'inaliénabilité a cessé. — Le consul Cambacérès dit qu'il n'aperçoit pas les motifs de l'innovation singulière qu'on propose : il ne voit même pas l'utilité des articles destinés à fixer le système du droit écrit. Les parties pourront prendre le droit écrit pour règle de leur mariage. Il n'est pas besoin pour cela d'en insérer les dispositions dans le Code civil; *mais il ne faut pas non plus l'établir en dénaturant le système.* — M. Treilhard exprime qu'il sera difficile de concilier l'inaliénabilité *de la dot* avec l'intérêt du commerce et l'abolition des substitutions. Pourquoi de tous les biens qui existent *ceux qui sont dotaux* sont-ils seuls soustraits à la circulation? L'inaliénabilité en assurera le retour à la famille; mais cet intérêt est faible aux yeux du législateur. L'obligation de doter est imposée au père par le droit naturel; elle est dégagée de toute condition et de toute espérance de retour... — Le consul Cambacérès répond que... l'inaliénabilité n'est pas établie pour ramener *la dot* dans la main du père, mais pour conserver le fonds affecté aux charges et le *patrimoine* des enfants. Et le conseil *adopte le principe de l'inaliénabilité de la dot* (*V.*, pour cette discussion, Locré, t. XIII, p. 206 et suiv.; Fenet, t. XIII, p. 573 et suiv.). — Le conseil d'État n'est pas revenu sur la question; seulement à la séance du 4 brumaire an IX, quand on soumit à sa discussion un projet modifié d'après les délibérations précédentes, on

Digitized by Google

remarque qu'à l'occasion de l'article 168 du projet correspondant à l'article 1558 du Code, le consul Cambacérès ayant fait observer que les exceptions au principe de l'inaliénabilité étaient formulées dans cet article d'une manière trop vague et trop générale, M. Portalis répondit que la *section s'en était référée à la jurisprudence pour l'explication de cet article* (Locré, t. XIII, p. 251 ; Fenet, t. XIII, p. 596.)

Nous ne trouvons rien de plus dans les discussions du conseil d'État; mais pour qui ne ferme pas les yeux à la lumière, les parties que nous venons d'en reproduire démontrent avec évidence que l'inaliénabilité adoptée par le conseil d'État était admise en termes absolus. Cela s'induit d'abord de ce que la question était soulevée par les partisans du système des pays de droit écrit, et au nom de ce système ; la discussion s'engageait, en effet, sur ces mots de M. Portalis : « Si la dot est déclarée aliénable, le système des pays de droit écrit est entièrement sacrifié. » Cela est démontré ensuite par la proposition du consul Cambacérès, dans la séance du 6 vendémiaire an XII, de s'abstenir de toute disposition de détail et de se référer purement et simplement à ce système des pays de droit écrit, dont nous connaissons maintenant l'étendue réelle et la portée, système dont on a entendu si peu s'écarter, bien que la proposition du consul n'ait pas été acceptée, qu'à la séance du 4 brumaire an XII, Portalis l'invoque comme devant servir, dans la pratique, à l'interprétation d'un autre article dont la rédaction paraissait insuffisante. Cela est établi enfin par cette circonstance que tous, partisans et adversaires de l'inaliénabilité, en discutent toujours le principe en vue, non point de l'immeuble dotal limitativement, mais des *biens dotaux*, du *patrimoine* de la femme, en un mot *de la dot* sans distinction.

Aussi, que disent les orateurs chargés de porter la loi devant les divers corps qui devaient concourir à sa confection ? D'une part, M. Duveyrier, dans son rapport présenté au Tribunat, le 19 pluviôse an XII, dit : « La propriété de la dot reste à la femme ; mais les actions propriétaires demeurent suspendues, *parce que la dot est inaliénable*. Cette inaliénabilité forme le caractère distinctif du régime dotal ; c'est par elle qu'il développe ses plus grands avantages. C'est à l'impossibilité absolue d'aliéner le fonds dotal que la pratique du régime qui établit cette impossibilité attache la conservation des biens, l'assurance des

Digitized by Google

hérédités directes, la prospérité des familles et le lustre social. Ces avantages ne peuvent être contestés. Aussi les pays de droit écrit avaient-ils généralement admis cette règle dans le dernier état, et sur ce point le plus sévère, de la législation romaine. Partout le mari était privé de la faculté d'aliéner, d'engager, d'hypothéquer *le bien dotal*, même avec le concours ou le consentement de sa femme; et les parlements s'accordaient sur l'application, au point de déclarer nulles, après la dissolution du mariage et sur la demande de la femme, *les aliénations de sa dot* qu'elle avait faites elle-même ou consenties. Le projet de loi conserve dans toute sa rigueur cette règle première et essentielle du régime dotal... » (Locré, t. XIII, p. 386; Fenet, t. XIII, p. 756.) D'un autre côté, organe du Tribunat, M. Siméon, en présentant le vœu d'adoption au corps législatif le 20 pluviôse an XII, disait : « Le mari, puisqu'il n'est qu'usufruitier, ne peut aliéner ce qui ne lui appartient pas : *de là l'inaliénabilité de la dot*. Il n'y a pas de prétexte à ce que le mari vende, puisque si la vente était à vil prix il blesserait les intérêts de son épouse; et, si la vente était avantageuse, il en profiterait seul. — *L'inaliénabilité de la dot*, modifiée par les causes qui la rendent juste et nécessaire, et que la loi exprime, a l'avantage d'empêcher qu'un mari dissipateur ne consomme *le patrimoine maternel* de ses enfants; qu'une femme faible ne donne à des emprunts et à des ventes un consentement que l'autorité maritale obtient presque toujours, même des femmes qui ont un caractère et un courage au-dessus du commun. » (Locré, t. XIII, p. 471; Fenet, t. XIII, p. 827.) Or rien n'est positif comme ces explications : soit qu'on s'en tienne à la lettre, soit qu'on en prenne la pensée, elles donnent à la délibération du conseil d'Etat sa signification réelle et sa portée, puisque, d'une part, et quant à la lettre, les orateurs parlent *de la dot* sans distinction; puisque, d'une autre part, et quant à la pensée, les observations qu'ils présentent ne sont pas moins vraies pour la dot mobilière que pour la dot immobilière [1].

[1] Ces observations, prises dans la discussion qui a préparé la loi et que nul, à notre connaissance, n'avait interrogé aussi scrupuleusement, nous avaient paru décisives. N'est-il pas évident, en effet, que lorsque après avoir entendu tous les orateurs parler successivement *de la dot, des biens dotaux, du patrimoine de la femme*, le Conseil d'État déclare, en terminant, qu'il adopte

Digitized by Google

Ceux donc qui excipent de quelques textes de la loi pour prétendre que l'inaliénabilité a été restreinte aux immeubles n'ont pas assurément rapproché de ces textes les discussions qui les éclairent. Ils disent que la loi s'est circonscrite elle-même autant par la rubrique de la section où le principe est posé, laquelle parle « de l'inaliénabilité du *fonds* dotal, » que par l'article qui formule le principe, lequel dit : « Les *immeubles* constitués en dot peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage. » Mais l'objection ne saurait prévaloir en présence des discussions dont l'article 1554 est le résultat. Notons d'abord qu'elle serait sans prétexte et tournerait même contre le système auquel elle fournit son principal argument, si elle ne pouvait exciper que des expressions employées dans la rubrique. Le mot *fonds* n'a pas, dans notre langage juridique, la signification spéciale qu'avait le substantif *fundus* dans le langage des Romains. Si nous disons « un fonds » pour exprimer le sol d'une terre, d'un champ, d'un héritage, nous disons aussi « un fonds » pour désigner un capital, mobilier ou immobilier, par opposition aux revenus, ou encore un ensemble de valeurs, quelle qu'en soit la nature, destinées à quelque usage, comme le *fonds* commun d'une société, le *fonds* commun d'époux mariés en communauté, etc. En ce sens, le *fonds dotal* pourrait signifier la réunion de tout ce qui, meuble ou immeuble, est destiné à pourvoir aux

le principe de l'*inaliénabilité de la dot ;* n'est-il pas évident, disons-nous qu'il n'y a là rien de restrictif, et que, dans la pensée du Conseil, le principe doit protéger *la dot*, quelle qu'en soit la nature? Cependant, M. Marcadé, dans la dissertation déjà citée (v. supra, p. 217), nous oppose que si les travaux préparatoires parlent partout *de la dot*, ils parlent partout aussi, en même temps, du principe protecteur de *la loi Julia*. Or, la loi *Julia*, ajoute M. Marcadé, n'est-ce pas la restriction du principe aux immeubles?... Cette observation ne saurait détruire, à notre avis, l'induction qui se tire de la discussion de la loi. Il y en a plusieurs raisons. D'abord la loi *Julia* a été indiquée, non pas partout, mais accidentellement, une fois, deux peut-être dans tout le cours de la discussion. Ensuite cette loi, lorsqu'elle a été citée, n'a pu l'être comme indicative de la mesure dans laquelle les rédacteurs du Code se proposaient de renfermer la prohibition qu'ils établissaient. Cela est évident, puisque la loi *Julia* ne prohibait que l'*hypothèque*, tandis que les rédacteurs du Code prohibaient l'*aliénation* d'une manière générale. Il faut donc reconnaître que la loi *Julia* n'a été citée que comme le premier texte qui eût altéré, dans les mains du mari, le droit de disposition qu'il avait par rapport à la dot de sa femme. Et à ce point de vue, la citation n'a pu avoir la signification restrictive que lui donne M. Marcadé.

Digitized by Google

charges du mariage, en sorte que, loin de limiter le sens dans lequel a été prise la décision du conseil d'Etat, cette locution lui laisserait toute son extension, autant que ces autres expressions *dot*, *biens dotaux*, *patrimoine*, dont on a constamment fait usage dans la discussion. Reste donc seulement le mot employé dans l'article 1554, le mot *immeuble* qui, lui, a une signification spéciale. Mais est-il à croire qu'on ait voulu, par ce seul mot, abandonner une décision dans laquelle *l'inaliénabilité de la dot* était proclamée d'une manière absolue, et restreindre à une seule espèce de biens un principe que le conseil d'Etat appliquait à tous les biens? Cela n'est pas croyable assurément, et l'emploi d'une expression, en apparence restrictive, doit nécessairement avoir une explication qui concilie le texte avec cette décision, en réalité fort générale, dont il est le produit. Or cette explication, on la peut trouver d'abord dans la comparaison de l'article 1554 avec le texte qu'il a remplacé. On sait que dans ce projet du 6 vendémiaire an XII, qui eut la prétention d'admettre le régime dotal en principe, l'article 138 disait cependant : « Les *immeubles* constitués en dot, même dans le cas du présent paragraphe, ne sont point inaliénables... » A la suite d'une discussion qui renversa le projet en ce point, on prit le contrepied de la rédaction rejetée ; et, comme cette rédaction ne parlait que des *immeubles*, pour les déclarer *aliénables*, la rédaction substituée n'a parlé que des immeubles, pour les déclarer, au contraire, *inaliénables*. — En outre, on doit reconnaître que, par sa nature même et par les dispositions complexes dont elle était l'objet dans la loi, la propriété mobilière ne se prêtait pas, comme les immeubles, à la formule générale que contient l'article 1554. C'est ce que M. Nicias-Gaillard mettait dans tout son jour devant la Cour de Poitiers, dans son réquisitoire du 15 décembre 1836 (*V.* ce réquisitoire au *Journ. Pal.*, 1837, t. II, p. 300). « Dans un article, disait l'éminent magistrat, où il s'agissait d'aliénation directe, vente ou hypothèque, c'était surtout aux immeubles constitués en dot qu'on devait songer. En effet, ou les meubles apportés en dot par la femme sont fongibles, et alors le mari en est propriétaire, ou bien ils consistent en objets non fongibles, mais mis à prix sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente, et, dans ce cas, le mari en devient encore propriétaire, et peut en disposer à son gré, à la charge seulement d'en restituer le prix : ou bien enfin les meubles constitués en dot

Digitized by Google

n'ont pas été estimés par le contrat, et alors la femme en conserve la propriété ; mais le mari qui en a la possession peut les vendre sans que l'acheteur, protégé par la maxime : *En fait de meubles, possession vaut titre*, puisse être inquiété. Dans tous les cas, les intérêts des tiers sont également à couvert ; et, certes, on ne se trouve pas, quant aux meubles dotaux, qui sont toujours dans les mains du mari, et laissés, en fait, à sa disposition, dans les mêmes termes que relativement aux immeubles dotaux, dont le mari n'a jamais que l'administration, et dont l'inaliénabilité a pour sanction l'action révocatoire accordée à la femme. Reste le cas où la dot de la femme consiste seulement en meubles incorporels, et, dans ce cas, il est vrai de dire, d'une part, qu'ils n'appartiennent pas au mari ; d'autre part, que celui auquel il les aurait transmis sur acte régulier de transmission ne pourrait opposer la maxime : *En fait de meubles*, etc., maxime faite seulement pour les meubles corporels. Mais l'on conçoit que l'intention du législateur, n'entrant pas dans toutes ces distinctions, se soit principalement occupé des immeubles dotaux, auxquels le principe de l'inaliénabilité est toujours applicable de droit. » Ces considérations, auxquelles M. Teissier a donné récemment, dans ses *Questions sur la dot*, nos 109 et suivants, l'appui d'une autorité qui, surtout en matière de dot, a une valeur toute spéciale, expliquent la disposition de l'article 1554, et montrent que l'induction *à contrario* qu'on tirerait de cet article pour l'aliénabilité *absolue* de la dot mobilière serait évidemment forcée.

Ajoutons maintenant que, comme pour rendre impossible une pareille interprétation, le législateur s'est servi, en maintes circonstances, des expressions les plus propres à l'écarter. Dans cet ordre d'idées, nous trouvons en première ligne les articles 1555 et 1556 ; là est établie en faveur de la femme l'une des exceptions au principe de l'inaliénabilité. Et que dit le législateur ? Qu'en certains cas déterminés la femme pourra *donner ses biens dotaux*. Qu'est-ce à dire, sinon qu'en tous autres cas les *biens* dotaux, et par conséquent la dot mobilière aussi bien que la dot immobilière, sont de droit inaliénables. On oppose, il est vrai, que l'exception, n'étant possible que par rapport à ce qui est compris dans la règle, les *biens dotaux* dont il est question dans l'article 1555 et 1556, doivent s'entendre des *immeubles* à l'égard desquels l'article 1554 pose textuellement la règle de l'inaliénabilité, et que c'est

Digitized by Google

ainsi que, dans les articles 1558 et suivants, qui autorisent également, par exception, d'autres aliénations, le législateur parle limitativement *des immeubles*. Nous répondons que ce rapprochement est précisément ce qui donne à l'induction tirée des articles 1555 et 1556 sa plus grande force. Ce n'est pas arbitrairement que, dans la série des exceptions au principe de l'inaliénabilité, le législateur parle tantôt des immeubles, tantôt des biens dotaux ; la différence tient à la nature particulière de chaque aliénation exceptionnellement autorisée, et elle concourt à établir que l'expression restrictive n'a été employée que dans les cas où il y aurait eu quelque inconvénient à se servir de l'expression générale. Voici, en effet, quel est, en ce point, le système de la loi. Les articles 1555 et 1556 prévoient une aliénation à titre gratuit, et, dans ce cas, il résulte de leur combinaison que les époux peuvent donner les biens dotaux à leurs enfants communs, et que la femme peut aussi en disposer en faveur de ses enfants nés d'un précédent mariage, sauf néanmoins à réserver la jouissance à son mari. Vis-à-vis de tous autres la donation sera nulle ; et comme, en raison de la nature de leurs titres purement lucratifs, les donataires ne méritent pas la faveur de la loi, les biens donnés, quels qu'ils soient, pourront être revendiqués en leurs mains. Voilà pourquoi la loi, en prévoyant l'aliénation à titre gratuit dans les articles 1555 et 1556, parle des *biens dotaux* en général. Dans les articles 1558 et suivants, c'est l'aliénation à titre onéreux qui est prévue et exceptionnellement autorisée. Or, ici la situation des tiers-acquéreurs est différente, suivant qu'il s'agit d'immeubles ou de meubles. Que celui qui a acquis un immeuble hors des cas exprimés ou sans les formalités déterminées puisse en être dépossédé, cela se comprend à merveille, car il devait s'assurer de la nature de l'immeuble, en reconnaître la dotalité, et par conséquent l'inaliénabilité. Pour les meubles et les objets mobiliers, c'est tout autre chose. Le mari en est possesseur ; de là, pour le tiers-acquéreur, le droit de se retrancher derrière la maxime qu'*en fait de meubles, la possession vaut titre*, maxime qui, suivant ce qui était expliqué tout à l'heure, doit se combiner avec les règles de la dotalité. Il ne fallait donc pas laisser croire que les meubles dotaux aliénés pourraient dans tous les cas être revendiqués. Voilà pourquoi les articles 1558 et suivants ne parlent que des *immeubles*. Et, par suite, on le voit, si cette expression restrictive n'autorise pas

Digitized by Google

plus dans ces derniers articles que dans l'article 1554, l'induction que nous combattons, les expressions générales des articles 1555 et 1556 repoussent, au contraire, cette induction, comme nous l'avons dit, et la condamnent.— En second lieu, nous la trouvons condamnée également dans l'article 1541, aux termes duquel tout ce que la femme se constitue ou qui lui est donné en contrat de mariage est dotal, s'il n'y a stipulation contraire. Tout est dotal d'après la loi, c'est-à-dire, comme l'exprimait M. Dupin, dans son réquisitoire du 29 mai 1839 devant la Cour de cassation, que le principe général est la conservation, l'inaliénabilité, le remploi, le privilége dotal, qui ne varie dans ses applications que par la force et la nature même des choses. — En troisième lieu, tous les articles compris dans la section relative à la restitution de la dot concourent à cette idée, et notamment l'article 1564, qui, en prescrivant la restitution sans délai, après la dissolution du mariage, *de la dot mobilière*, dans le cas où la propriété n'en est pas passée au mari, suppose évidemment que cette dot a dû être conservée. — Enfin vient l'article 7, Code commerce, qui, après avoir posé en principe que les femmes, marchandes publiques, peuvent disposer à titre onéreux, non-seulement de leur mobilier, mais encore de leurs *immeubles*, ajoute cette disposition significative à laquelle on ne saurait trop faire attention : « Toutefois, *leurs biens* stipulés dotaux quand elles sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être hypothéqués ni aliénés que dans le cas déterminé, et avec les formes réglées par le Code civil. » Y a-t-il rien de plus décisif? Les rédacteurs du Code de commerce emploient dans le même article, et comme par opposition, ces deux expressions si différentes : les immeubles et les biens dotaux. Les immeubles peuvent, en général, être aliénés par la femme marchande publique. Mais peut-être cette femme est-elle mariée sous le régime dotal ; son contrat de mariage l'a placée, dès lors, sous l'autorité d'une règle protectrice dont sa qualité de marchande publique ne doit pas lui ravir le bienfait. Et aussitôt les auteurs de la loi, restreignant leur pensée, expriment qu'en ce cas la femme ne pourra pas aliéner... quoi? Est-ce les *immeubles* dont ils viennent de parler? Non ; LES BIENS *stipulés dotaux!* Les rédacteurs du Code de commerce considéraient donc que *la dot* sans distinction était frappée d'inaliénabilité, en principe ; ils n'admettaient donc pas que l'article 1554 dût restreindre la règle aux immeubles seulement ; ils ne voyaient donc rien dans

Digitized by Google

cet article qui autorisât l'induction *a contrario* qu'on a voulu en tirer.

C'est qu'en effet, rien n'autorise cette induction ; si même la lettre ne lui est pas favorable, comme cela vient d'être démontré, l'esprit de la loi lui est moins favorable encore. A tout prendre, on pourrait admettre que Justinien, à l'exemple d'Auguste, n'eût pas établi l'inaliénabilité de la dot mobilière, et reconnaître même que la Novelle 61 n'est pas suffisamment explicite en sens contraire : car, à aucune époque de son histoire, Rome n'a connu ces fortunes mobilières qui constituent la meilleure partie de la richesse en France ; et le législateur pouvait croire qu'il pourvoyait suffisamment aux charges du mariage et à l'entretien des enfants, en assurant la conservation des immeubles, c'est-à-dire, d'une classe de biens qui formait presque exclusivement l'élément des constitutions dotales. En France, il en a été autrement : la fortune mobilière est allé sans cesse s'accroissant. Sous les parlements, déjà, et à plus forte raison à l'époque où le Code Napoléon était discuté, les constitutions générales de dot étaient fort rares ; elles avaient ordinairement pour objet, soit des biens présents, soit même, et plus souvent, des sommes d'argent plus ou moins considérables. Admettez que l'inaliénabilité se restreigne aux immeubles, et le régime dotal n'existerait plus pour les femmes qui n'auraient à se constituer que des biens de cette nature ; la loi refusant à la fortune mobilière, quelque importante qu'elle fût, cette garantie, qu'elle a fait consister dans l'inaliénabilité, ces femmes seraient inévitablement condamnées à subir l'influence maritale, d'autant plus dangereuse qu'elle a sa source dans la plus puissante affection ; elles ne pourraient soustraire, ni elles ni leurs enfants, aux conséquences désastreuses des fausses spéculations ou de l'inconduite de leurs maris ; et, privées d'une ressource que la loi ne refuse pas à l'apport immobilier le plus chétif, elles se montreront en vain prévoyantes : la stipulation de leur contrat de mariage ne pourra rien contre l'imprévoyance du législateur.

Il est assurément impossible d'accepter de pareilles conséquences, et on peut affirmer qu'elles ne découlent pas de la loi.

Lorsque les habitants du midi de la France se levèrent avec une énergie, dont la discussion de la loi n'offre pas un autre exemple, contre un projet dans lequel ils crurent entrevoir la suppression de leur législation traditionnelle, ce qu'ils récla-

Digitized by Google

mèrent, ce fut, non point une garantie illusoire, des espérances décevantes et un pâle reflet de la dotalité, mais bien une protection efficace et complète. Ils se ralliaient tous à cette pensée, dont ces paroles de Henrys sont l'expression, à la fois énergique et naïve : « C'est un avantage commun aux familles que, y arrivant de la disgrâce et de la déroute, il y ait quelque ressource pour la femme et pour les enfants, que celle qui aura apporté une bonne dot, ne soit pas réduite à mendier l'assistance de ses proches ; que ceux-ci qui avaient eu une naissance avantageuse, ne soient pas nécessités de chercher leur pain ; bref, que dans un naufrage il leur reste quelque table de ces débris. » Or, pour satisfaire à des exigences aussi légitimes, il fallait nécessairement admettre en principe que toutes les dots, sans distinction, demeureraient intactes et inaliénables. Ainsi avait fait la jurisprudence des parlements ; ainsi firent, nous l'avons vu, les rédacteurs du Code Napoléon.

8. Cependant, ni les parlements ni les rédacteurs du Code, nous l'avons vu également, n'ont entendu que l'inaliénabilité s'appliquerait aux meubles aussi rigoureusement qu'aux immeubles. En effet, relativement aux meubles, le principe, suivant l'expression de M Dupin, varie dans ses applications par la force et selon la nature même des choses. Quelle est donc la mesure dans laquelle la dot mobilière peut être aliénée ?

La question n'en est pas une dans le cas où la dot consiste en choses fongibles ou en objets mis à prix dans le contrat de mariage, sans déclaration que le mari n'en fait pas vente ; le mari, devenant propriétaire dans ce cas, toute aliénation lui est permise, sous la réserve de l'emploi, si la condition lui en est faite par le contrat de mariage.

Mais si la constitution a pour objet, soit des choses non fongibles ou non estimées par le contrat, soit des meubles incorporels, il faut distinguer.

Le mari pourra aliéner toutes les fois qu'il agira dans les limites d'une bonne administration ; l'aliénation sera valable dans ce cas, même en admettant le principe de l'inaliénabilité, car le pouvoir d'administrer emporte dans une certaine mesure le pouvoir d'aliéner.

Au contraire, l'aliénation excède-t-elle les bornes d'une bonne administration, elle sera nulle ; et toutefois, ce n'est pas à dire que l'acheteur devra, dans tous les cas, subir l'action en reven-

Digitized by Google

dication de la femme ; ici, d'autres principes viendront nécessairement gêner cette action dans son exercice.

Ainsi, s'agit-il de meubles corporels ? le tiers-acquéreur serait protégé par la maxime qu'*en fait de meubles la possession vaut titre*. Et il importerait peu que la vente eût été consentie par les deux époux conjointement, ou par le mari seul, car le mari, ayant incontestablement la possession des meubles dotaux dont il n'a pas la propriété, cette possession suffit, en principe, pour protéger le tiers en faveur duquel il a disposé. Tout au plus, pourrait-on admettre la dépossession de ce tiers, s'il venait à être établi qu'il connaissait le caractère de dotalité dont la chose était affectée. Et toutefois, les tribunaux devraient se montrer fort réservés à autoriser une pareille preuve, car la sûreté des transactions sociales exige que, surtout pour des choses de cette nature, la bonne foi des tiers soit présumée.

Mais s'agit-il de meubles incorporels, autres toutefois que des effets de commerce ? le principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, ne suffirait plus pour protéger l'acquéreur, car il est reconnu en jurisprudence, que ce principe s'applique seulement aux meubles corporels susceptibles d'une tradition manuelle, ou tout au plus aux effets de commerce et titres analogues dont la cession s'opère aussi facilement que celle des objets corporels. Dans ce cas, le tiers qui a traité avec le mari ou même avec les deux époux, est inexcusable de n'avoir pas exigé la représentation du contrat de mariage, qui l'aurait mis à même de reconnaître l'origine et le caractère véritable de la créance, de la rente ou de l'action par lui acquises. Et toutefois nous admettons que, même en ce cas, la translation opérée pourrait être maintenue ; il en serait ainsi dans toutes les hypothèses où la translation n'aurait été, ni pour le mari ni pour la femme, la cause d'un préjudice, et dans toutes les hypothèses où l'aliénation, quoique préjudiciable par le résultat, pourrait être considérée comme un acte d'administration.

Ces bases paraissaient admises dans les premières décisions de la jurisprudence. Les dernières s'en sont écartées. Leur tendance marquée est de donner au mari un droit d'aliénation sans limites. Si la jurisprudence, persistant dans cette tendance, venait à constituer dans sa plénitude, ce droit que par tous les motifs ci-dessus déduits, nous ne saurions trouver dans la loi, il ne lui servirait de rien de maintenir l'inaliénabilité de la dot mobilière

Digitized by Google

dans les mains de la femme ; ce serait une entrave pour elle, non point une protection; et grâce au pouvoir illimité du mari, l'intérêt de la femme, aussi bien que les effets salutaires du régime dotal, seraient sacrifiés non moins sûrement que si la dot mobilière était aliénable par la femme et par le mari.

PAUL PONT,

Président du tribunal de Corbeil.

QUESTIONS SUR LA PRESCRIPTION.

Article premier (1).

I. — Nous avons eu plusieurs fois déjà l'occasion de relever l'étrange naïveté, et l'on peut dire aussi la singulière ignorance, qui ont fait écrire dans la préface d'un certain livre sur le Code civil que *tout ce qui peut se dire sur le droit a été dit* et que *les points susceptibles de discussion sont pour la plupart passés à l'état de principes;* nous avons fait remarquer que, bien loin de là, le nombre des questions sur lesquelles on a désormais dit tout (c'est-à-dire donné ces trois choses indispensables : 1° la solution exacte de la difficulté; 2° la raison exacte de cette solution; et 3° la réfutation exacte des objections de nature à empêcher d'admettre cette solution) est assurément bien petit, plus petit que celui des questions sur lesquelles il reste encore à dire et à dire beaucoup, et que par conséquent, *le temps des jurisconsultes n'est point encore passé,* comme se l'imagine l'auteur du livre en question.

Une nouvelle confirmation de cette vérité s'est encore rencontrée pour nous dans l'étude que nous venons de faire du titre *de la prescription.* Là encore, nous avons vu que tout n'était pas

(1) Le fond de cet article et de celui qui lui fera suite dans la prochaine livraison, est extrait du *Commentaire-Traité de la prescription,* de M. Marcadé, en ce moment sous presse, pour paraître sous quelques jours.

Digitized by Google

dit et qu'il y avait à dire, au contraire, non-seulement bien des choses, mais même beaucoup plus de choses que nous ne l'avions supposé, soit au point de vue purement abstrait et théorique, soit au point de vue pratique et d'application.

II. Sous le premier rapport et pour ce qui est de la théorie pure et dénuée de toute idée d'application, ne semble-t-il pas que les *Répétitions écrites* de M. Mourlon devraient ne rien laisser à désirer, ne contenir partout qu'une exposition de principes parfaitement saine, et que rédigées tout récemment (1850) par un homme d'une intelligence distinguée, et d'après les leçons des meilleurs professeurs de la faculté de Paris, elles devraient, tout au moins quant aux principes premiers de la matière, donner pleine et entière satisfaction, et ne pas laisser nécessaires de nouvelles et différentes explications? Or, telle est l'extrême difficulté de la science du droit, que même dans ce livre, si supérieur à ceux du même genre qui l'avaient précédé, on rencontre encore de graves erreurs, même sur ces principes élémentaires, soit que ces erreurs aient échappé dans l'entraînement de l'explication orale au professeur lui-même, qui ne manquerait pas de répudier sa doctrine le jour où il écrirait, soit qu'une théorie juste en elle-même, mais délicate à saisir, ait été mal reproduite et inexactement formulée par l'estimable répétiteur. Quoiqu'il en soit de la cause, toujours est-il que même dans ce livre, aussi recommandable que ses devanciers étaient ridicules, aussi utile généralement que celui dont nous parlions en débutant était funeste, de profondes inexactitudes se lisent encore, et nous en trouvons un exemple jusque dans la définition même de la prescription.

La prescription, qui tire son nom de ce que jadis, à Rome, elle ne s'appliquait qu'en vertu d'une phrase *écrite* par le préteur *en tête* de la formule de l'action (*præ scriptio*), est un moyen légal d'acquérir par la possession ou de se libérer par l'inaction du créancier. Or, les *Répétitions écrites* dénient formellement à la prescription ce caractère; elles prétendent, au moyen d'explications plus ou moins captieuses et embarrassantes, que la prescription est, en droit, non pas la cause de l'acquisition ou de la libération, mais seulement la preuve, la présomption d'une acquisition ou d'une libération que la loi suppose précédemment réalisées; et elles signalent les rédacteurs du Code comme de pauvres praticiens qui n'ont pas su s'élever ici jusqu'à la conception de l'idée juridique et distinguer la génération d'un droit

Digitized by Google

d'avec les moyens de preuve de ce droit (*Répét. écrites*; p. 3-5). Or si, comme nous croyons l'avoir démontré dans le commentaire qui s'imprime en ce moment, ce n'est là qu'une profonde erreur; si la prescription est bien et a été à toute époque, dans notre ancien droit et le droit romain lui-même comme dans notre droit actuel, pour les jurisconsultes les plus rigoureusement exacts comme pour les praticiens les plus vulgaires, une cause légale d'acquisition ou de libération ; si notre législateur, quand il lui assigne cette nature dans l'art. 2219, après l'avoir déjà classée parmi les causes d'acquisition dans l'art. 712, et parmi les causes d'extinction des obligations dans l'art. 1234, ne fait que suivre l'immense tradition remontant à la loi même des douze tables, ne voit-on pas combien seraient dangereuses pour les jeunes adeptes de la science de telles explications laissées sans réfutation, et combien il s'en faut qu'après ce livre, le meilleur pourtant, et de beaucoup, de ceux qu'on a faits dans ce genre, *il ne reste rien à dire?*

Veut-on d'autres exemples de ces fâcheuses erreurs, fâcheuses déjà quand elles sont écrites dans ces livres nuls qui ne peuvent être pris au sérieux que par des sots, plus fâcheuses encore quand elles se trouvent dans des livres d'un mérite réel, comme l'est celui de M. Mourlon? nous en retrouvons dès la page 13 une qui ne produirait rien moins, si on la laissait pénétrer et se répandre de proche en proche dans l'esprit des jeunes légistes, que le bouleversement complet de tous les rapports du voisinage, et à la réfutation de laquelle nous avons dû, vu son importance, consacrer de longues pages dans notre explication de l'art. 2220 n° 2... Plus loin encore, à la page 29 des *Répétitions*, on en rencontre une autre qui, beaucoup moins importante pour les conséquences de fait, ne l'est pas moins comme question de rectitude d'idées. L'auteur, voulant faire saisir la différence (bien réelle, en effet, et quelquefois méconnue par les jurisconsultes) entre la possession continue et la possession non-interrompue, va jusqu'à dire, et avec insistance, que *l'interruption n'est pas toujours un obstacle à la continuité* et qu'il se peut très-bien qu'une possession *soit toujours continue, quoiqu'interrompue*; et ce, non pas avec absence d'explications ou quelqu'une de ces explications si bien dénuées de sens qu'elles peuvent avoir, pour le lecteur intelligent, l'avantage de mettre le remède à côté du mal, mais au contraire avec des raisons très-spécieuses et qui

Digitized by Google

sont parfaitement de nature à faire admettre la proposition par l'élève qui n'a pas encore étudié la matière de l'interruption de la prescription, laquelle ne vient que beaucoup plus loin (p. 47). Or, comment veut-on que l'étudiant ne se perde pas dans des obscurités et contradictions inextricables, quand après lui avoir inculqué cette première idée, on viendra plus tard lui expliquer que l'interruption de la possession est *la suppression, même rétroactive, de cette possession*, de telle sorte que celui dont la possession est interrompue se trouve, en droit, *n'avoir jamais possédé?* S'il n'a pas possédé, comment donc me dites-vous qu'il y a eu néanmoins de sa part possession continue? comment imaginer qu'*il n'y a pas eu possession*, et que cependant *il y a eu continuité de la possession?* Comment n'a-t-on pas vu que, l'interruption étant l'anéantissement complet de la possession, parler d'une possession *interrompue* qui est néanmoins *continue*, c'est comme si l'on parlait d'une personne *morte*, ou plutôt d'une personne *qui n'a jamais existé*, et qui cependant *est très bien portante?*

Nous ne voulons pas multiplier ici ces indications, qui ne sont que l'objet très-secondaire de notre travail; mais il est cependant une autre erreur, qui nous a tellement frappé dans ce livre, et qui est en effet si profonde, si capitale, si dangereuse, surtout dans un ouvrage où, à défaut de ces discussions savantes et approfondies qui n'y seraient pas à leur place, on s'attend du moins à trouver l'exactitude des principes premiers, que nous ne pouvons nous dispenser de la signaler encore... Qui croirait que dans un livre annoncé comme contenant la substance des meilleures leçons de l'école de Paris, on présente l'interruption de la prescription comme un fait n'agissant toujours que sur le passé, *jamais sur l'avenir*, comme un fait qui, en supprimant la prescription antérieure, n'empêche jamais une prescription nouvelle de recommencer *à l'instant même;* et que, faisant application de ce prétendu principe, au cas d'interruption par demande en justice, on y expose nettement (p. 53) que la demande efface bien le temps antérieur à elle, mais que *la prescription nouvelle recommence le jour même de cette demande?...* Où ira l'élève avec de tels points de départ? quelle construction scientifique pourra-t-il élever avec de pareils fondements? Comment! la demande en justice va laisser une prescription nouvelle recommencer à l'instant! Comment! mon débiteur va prescrire sa dette dans le temps même où je suis en instance contre lui; en sorte que si le procès

Digitized by Google

est plus long que le délai de la prescription, ma créance serait éteinte quand viendrait le jugement qui le condamne à la payer ! C'est vraiment à n'y pas croire après l'avoir lu, et relu. Puisque la demande a la propriété de *tuer* la prescription, comment voudrait-on qu'une prescription nouvelle put *naître*, tant que cette demande est là subsistante ? Aussi, l'imprescriptibilité de l'action pendant toute la durée du procès, fut-il de trente ou quarante ans, est-elle une des notions les plus élémentaires de la prescription ; elle est depuis longtemps l'un des aphorismes du droit, et la vulgarité de la maxime *actiones semel inclusæ judicio salvæ permanent*, aurait bien dû prévenir une aussi étrange hérésie.

On voit donc que, non seulement après comme avant le fort mauvais livre dont nous avons signalé la préface, mais encore après le très-bon livre de M. Mourlon, il reste encore à dire et à reprendre, même quant au point de vue purement théorique et comme simple question d'examens d'école.

III. — En est-il autrement des ouvrages qui joignent à la théorie l'élément pratique et d'application ; et le Palais peut-il, plus heureux que l'Ecole, se vanter de posséder, notamment sur la prescription, un livre ou des livres tellement exacts et complets, qu'un livre nouveau sur cette matière soit chose inutile ou peu utile ? Nous ne le pensons pas.

Le principal ouvrage que nous possédions sur la prescription, c'est assurément celui de M. le premier président Troplong. C'est à son commentaire de la prescription, comme à ceux de la vente et des hypothèques, que le savant magistrat doit surtout sa célébrité ; c'est là qu'il a d'abord fait briller les talents si divers et si remarquables qui l'ont placé bientôt au premier rang de nos écrivains les plus renommés, et qui, dans l'enthousiasme de jeune homme que nous causa plus d'une fois, à la sortie de l'école, la lecture de ses éloquentes pages, nous le faisaient appeler, dans nos premiers écrits, *le géant des interprètes du Code*. Mais si grand que soit un homme, il ne lui est jamais donné de réunir tous les mérites sans exception ; les œuvres du célèbre écrivain, si admirables à tant d'égards, si bien nourries de science et d'érudition, de législation et de philosophie, d'histoire et d'économie politique, de littérature même et de poésie, devaient avoir aussi leur côté faible, comme tout ce qui est de l'homme ; et ce côté faible, c'est, à notre sens, la rectitude des idées juridiques.

Nous venons d'en faire encore l'épreuve, en nous livrant, pour

Digitized by Google

la confection de notre nouveau volume, à l'étude approfondie du savant commentaire de la prescription ; et c'est parce que les doctrines, selon nous inexactes, que nous y avons fréquemment rencontrées, sont d'autant plus dangereuses, qu'elles s'abritent sous l'autorité d'un plus grand nom, que nous croyons devoir en signaler ici quelques-unes à l'attention des jurisconsultes.

IV. — Et d'abord, suivant M. Troplong (nos 29-32), la prescription opérerait nécessairement et toujours dans l'ordre naturel en même temps que dans l'ordre civil ; et du moment qu'elle éteint une dette civilement, elle l'éteindrait par cela même naturellement et en conscience. Or c'est là, selon nous, une grave et funeste erreur, sur laquelle d'ailleurs, M. Troplong lui-même arrive bientôt à se contredire et à se condamner (nos 33 et 34). L'extinction d'une dette par la prescription, laisse intacte la question d'existence ou d'inexistence de l'obligation naturelle, et il est, ce nous semble, de toute évidence, que le débiteur, dans ce cas, quoique libéré aux yeux de la loi civile, pourra continuer d'être tenu en conscience.

En vain, M. Troplong argumente de ce que la loi met sur la même ligne, comme causes d'extinction, la prescription et le paiement (art. 1234) ; car la loi ne parle nécessairement que de l'extinction civile, à ce point qu'elle met aussi sur le même rang l'extinction par nullité ou rescision ! Aussi, voyez dans quelle contradiction tombe bientôt, et sur deux points consécutifs, le savant magistrat. Si la prescription était ici, même aux yeux de l'équité naturelle, sur la même ligne que le paiement, et que, comme lui, elle éteignît la dette naturellement en même temps que civilement, de sorte qu'une fois la prescription opposée, il ne resterait absolument rien de cette dette, il s'ensuivrait que le paiement que viendrait ensuite faire l'ex-débiteur, serait sujet à répétition d'après l'article 1235. Car, cet article déclare nettement, et avec raison, qu'un paiement n'est inattaquable comme tel que quand il existait une dette, (au moins naturelle) ; que ce qu'on a payé sans être dû (au moins naturellement) peut toujours être répété ; et que c'est seulement quand il y avait une obligaton naturelle (sinon civile) que la répétition n'est pas admise. Or M. Troplong reconnaît (no 33) que si le débiteur, après avoir opposé la prescription, vient néanmoins payer, la répétition ne sera pas possible, et qu'elle ne le serait que pour celui qui aurait payé par erreur et dans l'ignorance où il était de l'état des choses ;

Digitized by Google

encore, fait-il remarquer qu'il lui faudrait donner des preuves bien manifestes, attendu qu'on supposera toujours qu'il a payé volontairement *et pour décharger sa conscience!* Mais s'il en est ainsi, c'est donc que la prescription n'éteint la dette que civilement, et la laisse subsister comme dette naturelle, comme *obligation de conscience.*

M. Troplong nous offre encore, au numéro suivant (34, 2e alin.) une contradiction non moins flagrante, et une nouvelle condamnation de son faux principe, en proclamant, contrairement à la doctrine de Dunod, que l'obligation éteinte par prescription est encore susceptible de novation. Comment, en vérité, s'expliquer la combinaison de pareilles idées? Après la prescription, la dette, nous dit-on, est radicalement anéantie, elle n'existe pas plus comme dette naturelle que comme dette civile, il n'y a plus rien; et cependant cette dette est susceptible de se nover! Que signifie ceci? Est-ce que, pour être susceptible de n'importe quoi, pour avoir telle ou telle qualité ou propriété, il ne faut pas avant tout exister? Est-ce qu'il n'est pas élémentaire que *nihili nullæ sunt proprietates vel qualitates* et que *prius est esse quàm esse tale?* La novation étant la transformation d'une dette en une autre, la substitution d'une seconde dette à une première, il est clair que quand aucune dette n'existe, il n'y a pas de novation possible; et puisqu'après la prescription la dette peut encore se nover, c'est donc qu'elle existe encore, et que, brisée civilement, elle subsiste toujours naturellement.

V. — La question ds savoir quelle est, en cas de conflit des lois de différents pays, celle qui doit régler la prescription, ne présente pas de difficulté quand il s'agit, soit de la prescription acquisitive des choses, soit de la prescription acquisitive ou extinctive de droits réels sur ces choses. Mais que faut-il décider alors pour la prescription extinctive d'obligations personnelles? Nos anciens auteurs, à l'exception de Pothier, voulaient qu'on appliquât la loi du domicile du débiteur [1]. Pothier, dans un passage où, tout en ne paraissant traiter qu'une question de prescription acquisitive, il traite aussi la nôtre en réalité, tient pour

[1] Huberus (*Jurispr. univ.*, liv. 3, c. 2, § 34); Voët (*pand.*, liv. 44, tit. 3, n° 12); Duplessis et ses annotateurs (*prescript.*, liv. 1, c. 1); Burgundus (*Consuet. Flaud.*, n° 23); Dunod (*part.* 1, c. 14); Merlin (*Rép.*, v° prescr. sect. 1, § 3, n° 7).

Digitized by Google

la loi du domicile du créancier [1] M. Troplong enfin (n° 38) tient pour celle du lieu où devait se faire le paiement. Et quant à M. Duranton (n° 113, dern. alin.), il prend le change sur le point en litige, et se contente d'examiner deux questions de suspension de la prescription pour minorité, au lieu de rechercher d'après quelle loi seront fixés le temps et les autres conditions nécessaires pour prescrire. Or, en présence des trois solutions contraires de M. Troplong, de Pothier et de tous nos anciens auteurs, nous n'hésitons pas à dire que cette dernière est seule exacte.

En effet, on peut d'abord dire avec Merlin que, puisque la prescription n'anéantit pas le droit du créancier par elle-même et *ipso facto*, mais procure seulement au débiteur une exception qu'il lui sera facultatif d'opposer à l'action, c'est donc par la loi du lieu où ce débiteur doit être actionné, c'est-à-dire du lieu de son domicile, que la prescription doit tout naturellement se régler. Il n'importe pas qu'un autre lieu soit désigné pour le paiement ou ait été celui de la passation du contrat; car, selon la pensée d'Huberus, la chose capitale à considérer ici, la chose à laquelle la prescription se rattache intimement, puisqu'elle vient en opérer l'extinction, c'est l'action, et non pas telle ou telle circonstance de la convention : *jus ad actionem pertinet, non ad negotium gestum.* D'un autre côté, et si l'on veut pénétrer plus avant en comparant cette prescription extinctive des obligations personnelles avec la prescription acquisitive des choses corporelles, on pourra remarquer entre elles un rapport plus profond qu'on ne le croit communément et qui va nous conduire encore

[1] Pothier, il est vrai, ne parle que du domicile du *propriétaire*, non de celui du créancier, et n'entend discuter qu'une question de prescription acquisitive, la seule dont il s'occupe dans son traité. Mais comme il examine la question, non pas pour les biens corporels (comme avait eu soin de le faire restrictivement Dumoulin), mais aussi pour les *rentes constituées*, qui sont des droits tout à la fois *mobiliers et personnels*, comme toute espèce de créances, et dans lesquelles on a de même un *débiteur* et un *créancier*, il est clair que sa solution s'applique parfaitement à tous les cas d'obligations personnelles. C'est donc bien à tort que M. Duranton (t. XXI, n° 113) fait un reproche à M. Troplong d'avoir entendu ce passage de Pothier dans le sens d'actions personnelles. Ce reproche, que le savant professeur eût pu faire également à Merlin, n'a pas le moindre fondement; car, encore une fois, l'idée de Pothier est manifestement applicable à ces actions personnelles.

Digitized by Google

à la même solution. Lorsque Pierre d'une part et Paul de l'autre ont prescrit contre moi, le premier la ferme qui m'appartenait en Normandie; le second une créance de 50,000 francs que j'avais sur lui, il y a en définitive plus d'analogie entre les deux cas qu'il ne le semble tout d'abord. Qu'est-ce que Pierre, en effet, a prescrit contre moi? on répond : ma ferme. Mais c'est aller trop vîte et arriver de suite à une seconde idée en sautant sur une première, à laquelle il faut ici s'arrêter. Pierre a prescrit, Pierre a éteint et brisé chez moi, pour le faire naître chez lui, le *dominium* de la ferme, *la propriété* de l'immeuble, c'est-à-dire un pur droit, une chose incorporelle, absolument comme Paul a éteint et brisé mon droit de créance, ma propriété de cette créance, laquelle m'appartient tout aussi bien que m'appartenait la ferme. Des deux côtés, la prescription a brisé un droit; et la seule différence, c'est que d'une part ce droit avait pour sujet passif une personne, c'est-à-dire le débiteur; l'un était *jus in re*, et l'autre *jus in personam*. Cela étant, on voit donc que les raisons qui font admettre pour règlement de la prescription, en matière *réelle*, la loi *de la chose* soumise au droit prescrit, celle de la situation de cette chose, commandent d'admettre de même en matière *personnelle*, la loi *de la personne* soumise à ce même droit, celle du domicile de cette personne. La règle est, en définitive, la même dans les deux cas; on applique dans les deux cas la loi de la *situation*. Qu'on n'objecte pas, en effet, qu'une créance étant un pur droit, elle n'a pas de situation. Sans doute, rigoureusement, elle n'en a pas; mais, rigoureusement, le *dominium* de la ferme, qui est de même un pur droit, n'en a pas davantage, ce qui n'empêche pas cependant de lui en assigner une. Or le procédé est absolument identique des deux côtés. De même que, c'est en identifiant le *droit réel* avec *la chose* sur laquelle il frappe et s'exerce, qu'on dit : J'ai un domaine ou une propriété en Normandie, j'ai un usufruit à Paris, j'ai une hypothèque à Bordeaux (quoique la propriété, l'usufruit et l'hypothèque soient de purs droits, sans aucune existence matérielle, et ne pouvant dès lors occuper aucune place nulle part); de même, c'est en identifiant le *droit personnel* avec la *personne* sur laquelle il frappe et s'exerce, qu'on dit aussi, et ni plus ni moins exactement : J'ai des créances en Angleterre, j'ai des rentes en Amérique. Encore une fois, la règle est partout la même, on suit partout la loi du pays de la situation.

Digitized by Google

Pothier, pour s'arrêter, dans son hypothèse d'une rente, à la loi du domicile du créancier, ou comme il dit, du propriétaire de cette rente, s'appuie sur cette raison, qu'un propriétaire ne peut être dépouillé de la chose qui lui appartient que par une loi à laquelle il soit soumis. Mais de deux choses l'une. Ou bien Pothier entend une loi à laquelle le créancier ou propriétaire soit soumis d'une manière quelconque, et sinon quant à sa personne, du moins quant au droit à prescrire ; et alors on lui répondra que le crédi-rentier, tout Français qu'il est, se trouve en effet soumis, quant à la rente qu'il possède en Angleterre, à la loi anglaise, puisque c'est devant les tribunaux anglais et d'après les règles anglaises qu'il lui faut actionner et poursuivre son débi-rentier domicilié en Angleterre. Ou bien Pothier entend (et telle paraît être son idée) que le propriétaire ne peut être dépouillé de sa chose que par une loi à laquelle il serait soumis personnellement ; mais alors l'idée est fausse et se trouve réfutée d'avance par les explications qu'il vient de donner lui-même (n° 247), puisqu'il en résulte que le propriétaire français peut très-bien se voir dépouiller des immeubles qui lui appartiennent en pays étranger, par une prescription accomplie d'après la loi de ce pays, quoiqu'il ne soit pas soumis *personnellement* à cette loi.

M. Troplong, qui tient pour la loi du pays où le paiement devait se faire, en donne cet étrange motif, que la prescription extinctive des obligations étant la peine établie dans le lieu convenu pour le paiement, c'est la peine établie dans le lieu convenu pour le paiement que ce créancier doit subir, puisque *c'est dans ce lieu qu'il a été négligent* (n° 38). Ainsi, soit une dette contractée par un Piémontais domicilié à Turin envers un Français domicilié à Paris, mais avec convention que le remboursement sera fait à Rome (où d'ailleurs il faut supposer qu'il n'est pas fait élection de domicile par le débiteur, puisqu'alors la question n'existerait plus, Rome devenant ainsi le lieu du domicile) ; c'est d'après la loi de Rome, quoique le débiteur n'y eut pas de domicile, que la dette se prescrira ; et LA RAISON EN EST SIMPLE, dit M. Troplong, puisque *c'est à Rome que le créancier a été négligent !*

Nous avouerons que loin de trouver une pareille raison fort simple, nous la trouvons, au contraire, fort bizarre et inexacte autant que bizarre, inexacte deux fois pour une, comme on va le voir bientôt. Comment ! cet homme *qui n'a jamais quitté Paris,*

Digitized by Google

me dit que pendant quinze ans, vingt ans ou plus, *il a été négligent à Rome!* C'est à Rome qu'il est resté dans cette longue inaction, à Rome qu'il s'est endormi dans cette insouciance prolongée ; à Rome, *lui qui n'y a jamais mis le pied!*... Faut-il donc répéter ici que *prius est esse quam esse tale*, et que pour avoir été n'importe quoi à Rome, pour y avoir été négligent ou soigneux, insouciant ou vigilant, pour y avoir été tout ce qu'on voudra, il faut tout d'abord AVOIR ÉTÉ A ROME.... Qu'on dise, si l'on veut, que ce créancier a négligé son affaire *de Rome*, à la bonne heure ; mais cette affaire de Rome, où l'a-t-il négligé? C'est à Paris. Or, puisque c'est à Paris que la négligence a été commise, le prétendu principe d'après lequel on devrait appliquer la peine établie dans le lieu où s'est commis la négligence, conduirait donc à la solution toute contraire à celle de M. Troplong; *elle* conduirait à suivre la loi du domicile *du créancier*, c'est-à-dire qu'elle ramènerait à la fausse décision de Pothier, que M. Troplong vient portant de combattre....

La vérité est qu'il faut ne considérer ni le domicile du créancier, ni le lieu du paiement (quand il est autre que le domicile du débiteur). C'est qu'en effet (et c'est là que se trouve la seconde erreur de l'argument de M. Troplong), si l'on veut entrer dans l'ordre d'idées si peu logiquement présenté par le savant magistrat ; voici ce que dira la raison. Ce n'est pas du tout, comme le dit le célèbre auteur, par la loi du pays où l'on a commis une faute, que cette faute doit être punie ; c'est par la loi à laquelle cette faute a fait infraction, par la loi qui rendait le fait fautif, par la loi qui prohibait le fait qu'on a accompli ou qui prescrivait le fait qu'on a omis. Quand, par exemple, une loi française enjoint, sous telle peine, aux Français qui se trouvent en Angleterre, d'en sortir dans tel délai, ceux qui resteront passé ce délai ne seront certainement pas punissables par la loi anglaise, quoique leur faute ait été commise en Angleterre, mais bien par la loi française à laquelle ils ont négligé d'obéir. Or, quelle est la loi à laquelle le créancier, dans notre question, a négligé d'obéir? Pour le dire, il faut voir d'abord en quoi a consisté sa négligence. Or, quels sont les faits dont l'omission a constitué la négligence fautive du créancier et entraîné la prescription, en d'autres termes, les faits dont l'accomplissement eût empêché la prescription de se réaliser? Ces faits, ce ne sont pas du tout des voyages ou des envois à Rome, pour y recevoir ou

Digitized by Google

faire recevoir un paiement que le débiteur n'y faisait pas (quoique tenu de le faire); c'étaient des actes de nature à le contraindre à ce paiement, des sommations, des demandes, des poursuites régulièrement dirigées contre le débiteur récalcitrant. Or, quelle est la loi d'après laquelle ces poursuites eussent pu et dû se faire? C'est la loi piémontaise, puisque, le débiteur ayant son domicile en Piémont, il ne pouvait être poursuivi que par les officiers et d'après les règles de ce pays. Donc, la loi dont le créancier a négligé d'user et dont le non usage lui a fait encourir la prescription, peine de sa négligence, c'est la loi piémontaise, et c'est par conséquent, d'après les diverses conditions de temps et autres, fixées par cette loi, que la prescription se règle dans ce cas.

Ainsi, de quelque côté qu'on se tourne, et quelque ordre d'idées qu'on prenne pour point de départ, on se trouve toujours ramené à cette conclusion, conforme à la doctrine des anciens docteurs, que c'est uniquement le domicile du débiteur qu'il faut considérer ici.

VI. — Tout le monde reconnaît que les *facultés* ou *droits facultatifs* sont imprescriptibles, et M. Troplong a écrit là-dessus de remarquables pages. Mais après avoir savamment développé cette idée si juste, il y ajoute bientôt une précision, ou plutôt une contradiction, qu'on s'étonne de trouver là.

Le savant magistrat enseigne (n° 113) que si mon voisin, dont la maison de campagne jouit d'une belle vue par-dessus mes terres, s'imagine un beau matin de me signifier une défense de jamais bâtir sur ces mêmes terres, parce qu'une construction gênerait son point de vue; à partir de ce moment, ma faculté de bâtir sera prescriptible et se prescrira, de sorte que si, au lieu de résister à la défense par des actes contraires, je reste trente années sans bâtir, je n'aurai plus le droit de bâtir ensuite! Il invoque à l'appui de cette solution (mais bien à tort, hâtons nous de le dire) Despeisses, Dunod et M. Pardessus.

Qui ne voit combien cette doctrine est inacceptable? Qui ne voit que, la défense du voisin m'étant faite sans aucun fondement, ni réel ni même prétendu, sans l'ombre d'un droit de sa part, j'ai dès-lors pu et dû la regarder comme un mauvaise plaisanterie ou un acte de folie dont je n'avais aucun compte à tenir; que cet acte étant souverainement ridicule et insignifiant, les choses sont restées après lui ce qu'elles étaient avant, en sorte que trente, quarante, cinquante années d'inaction ne m'empêcheront pas d'user de ma faculté de

Digitized by Google

bâtir quand il me conviendra de le faire? Sans doute il en serait autrement si (parce que la prohibition du voisin serait basée sur un droit au moins apparent, ou à raison de quelque autre circonstance particulière) le silence du propriétaire qui a reçu la défense constituait un acquiescement à la prohibition. C'est ce que suppose Despeisse, quand il nous parle d'un propriétaire qui, « *déférant à cette prohibition*, ne s'est pas servi de la faculté durant trente ans. » Mais quand on suppose purement et simplement, comme M. Troplong, un fou qui me défend de bâtir sur ma terre uniquement parce qu'il lui plait de me le défendre, il est bien clair que je ne suis pas tenu de perdre mon temps à lui répondre, et qu'il n'y a rien dès lors à induire de mon silence.

C'est précisément ce qu'enseigne M. Pardessus, que M. Troplong n'a pu invoquer ici que pour l'avoir mal lu, et qui, quoique présentant une hypothèse beaucoup plus favorable que celle du savant magistrat, nous dit que le silence de trente années ne peut néanmoins faire présumer la volonté, parce que « celui qui a reçu « la signification dont il s'agit *a pu n'en tenir aucun compte.* » (t. II, nº 276.)

Dunod, à son tour, n'est pas plus favorable, car il explique seulement, à l'endroit cité par M. Troplong, « que la faculté, qui est « imprescriptible tandis qu'elle conserve sa nature, devient pres- « criptible quand on l'assujettit à une convention, parce que « alors elle est dénaturée et changée en un droit formé et parti- « culier » (p. 89-90). Or, où est ici la convention qui transforme ma faculté de bâtir en un simple droit de bâtir, désormais prescriptible par trente ans? Il est bien clair qu'il n'y en a pas, puisque, d'une part, aucune convention n'a eu lieu entre mon voisin et moi, et que si, d'autre part, on s'imaginait, par impossible, de voir une convention dans les faits indiqués, cette convention, bien loin de m'attribuer le droit de bâtir, consisterait au contraire en une promesse à moi demandée et par moi consentie *de ne pas bâtir*, d'où la conséquence qu'il ne serait besoin ni de trente années, ni de dix années, ni d'une année, pour que le voisin pût s'opposer à toute construction que je voudrais faire; il pourrait, du moment qu'une telle convention serait reconnue exister, s'y opposer aussi bien après quelques mois ou quelques jours qu'après trente ans.

La solution de M. Troplong est donc bien une doctrine, et disons franchement une erreur, à lui personnelle; et nous sommes

Digitized by Google

convaincu que le savant magistrat lui-même, si jamais il recevait une signification de ce genre, oublierait ce qu'il a écrit sur ce point et n'aurait pas d'autre idée que de rire d'une pareille pièce sans songer à la prendre au sérieux.

VII. — C'est surtout dans le chapitre de la possession que l'œuvre éminente de M. Troplong a laissé beaucoup encore à dire et même *donné à dire*, à raison des innovations dans lesquelles s'y est jeté le savant magistrat. Homme trop supérieur pour suivre facilement les sentiers battus, M. Troplong s'est mis là en lutte ouverte contre des principes qu'avaient adoptés les jurisconsultes de tous les temps et de tous les lieux, comme il l'a fait ailleurs, dans son commentaire du louage, sous l'article 1743, sur la fameuse question de la nature réelle ou personnelle du droit du bailliste, et on est forcé d'avouer qu'il n'a pas été plus heureux dans un cas que dans l'autre. Il est un point notamment où, sans l'avoir remarqué sans doute, le célèbre commentateur, pour protéger ses idées nouvelles contre des réfutations visiblement péremptoires, en vient jusqu'à la suppression radicale de toute distinction entre le possessoire et le pétitoire, son système aboutissant à n'admettre que le pétitoire seul, et à dire que tout ce qu'on appelle à tort des questions de possession ne présente et ne peut présenter que des questions de propriétés ! !

Bien entendu, c'est seulement sur les idées mères, sur les principes fondamentaux de la possession que nous concentrerons ici nos observations : l'examen des détails et des points secondaires nous conduirait trop loin et deviendrait d'ailleurs la reproduction presque entière de notre livre lui-même, auquel nous devons ici nous contenter de renvoyer. Mais malgré cette restriction aux principes premiers, un assez long développement est encore nécessaire, et nous nous arrêterons ici pour faire de nos observations sur la possession l'objet d'un second article.

V. MARCADÉ.
Ancien Avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation.

Digitized by Google

PRESCRIPTION. — NON-RÉTROACTIVITÉ. — DROIT PÉNAL [1].

Le principe de la non-rétroactivité est-il applicable aux lois de prescription en matière pénale ?

Il existe en matière pénale deux espèces de prescription : l'une qui affranchit de la poursuite, c'est-à-dire de la vérification de la culpabilité, l'autre qui libère de l'exécution d'une condamnation prononcée. Ces deux prescriptions reposent-elles toutes deux sur le même principe ?

Examinons :

La prescription qui affranchit des poursuites repose sur la considération que les preuves de l'accusation dépérissent au bout d'un certain laps de temps ; que les moyens de défenses s'évanouissent et que la société ne peut pas s'exposer à frapper un innocent. A cette considération s'en joint une autre : la pénalité a pour but d'assurer le respect de la loi en établissant qu'elle ne peut pas être impunément violée. — Mais lorsque la violation de la loi remonte à une époque reculée, — quand son souvenir n'a pas été ravivé par des poursuites, elle finit par être oubliée ; — alors l'application de la sanction n'a plus le caractère de nécessité qui la légitime.

La première de ces considérations est bien évidemment étrangère à la prescription de la condamnation : l'agent a été condamné ; la société n'a plus à craindre quelque fatale méprise ; il semble qu'elle a le droit et le devoir de faire, à toute époque, exécuter la condamnation.

Pourquoi donc la prescription qui dérobe à cette exécution ? — C'est, dit la théorie en crédit, parce qu'après un certain temps le condamné a subi non pas en nature, mais par équivalent, la mesure d'expiation que la morale était en droit d'exiger de lui ; les inquiétudes, les tourments *d'une vie incertaine et précaire*, les tortures morales, voilà l'équivalent de la pénalité. L'école qui fonde le Droit de punir sur la justice morale limitée par l'utilité sociale, n'éprouve aucun embarras pour justifier cette prescription : *Non bis in idem*. Il ne serait plus moralement juste d'infliger une expiation déjà subie, et le pouvoir n'a le Droit de

[1] M. Bertault, professeur à l'École de droit de Caen, nous communique ce fragment des leçons qu'il fait à l'École et qui sont sur le point d'être publiées.

Digitized by Google

pourvoir à l'intérêt social que dans l'intérêt de la justice morale. — Cette considération, dit cette théorie, est commune aux deux prescriptions[1].

J'insiste sur cette explication parce que je ne l'admets pas, que je présente une explication différente, et que la diversité de ces explications entraînera la diversité des solutions sue la question de rétroactivité que j'ai à étudier.

Si la peine est une sanction, quel est le but de l'exécution de la peine? C'est de bien établir que la sanction n'est pas seulement écrite dans la loi, qu'elle s'applique, qu'elle n'est pas une fiction, mais une réalité.

Or, quand un grand nombre d'années a passé sur la condamnation, est-ce que le laps du temps ne produit pas sur elle ce qu'il produit sur l'infraction même non jugée? Est-ce qu'il n'efface pas la mémoire du jugement comme il effaçait la mémoire du fait? Est-ce qu'il n'amortit point, est-ce qu'il ne finit pas par détruire l'intérêt de la société à l'exécution de la peine?

Sans doute le souvenir de l'infraction condamnée vivra plus longtemps que le souvenir de l'infraction non jugée. Aussi la prescription qui abritera contre la peine sera bien plus longue que la prescription qui abritera contre la poursuite Je me borne en ce moment à ces indications. Je développerai tout cela quand je m'occuperai de la prescription. Je discuterai, au point de vue juridique et rationnel, les vieux et les nouveaux systèmes. Tout à l'heure je me borne à ce qui est indispensable pour la solution que nous cherchons.

Un texte précis résout la question de rétroactivité de la loi de prescription en matière civile. C'est l'art. 2281, C. Nap. : « Les « prescriptions commencées à l'époque de la publication du pré- « sent titre seront réglées conformément aux lois anciennes ; « néanmoins, les prescriptions alors commencées et pour les- « quelles il faudrait encore, suivant les anciennes lois, plus de « trente ans, à compter de la même époque, seront accomplies « par ce laps de trente ans. »

Cet article comprend deux dispositions bien distinctes : la première proclame le principe que la prescription commencée avant la promulgation de la loi ancienne, est régie par la loi ancienne. — La seconde restreint ce principe et déclare que si sur le temps

[1] Voir M. Faustin-Hélie. *Inst. crim.* tome III, p. 675.

Digitized by Google

déterminé par la loi ancienne, il reste encore plus de trente ans à courir sur la loi nouvelle, trente ans écoulés sous l'empire de la loi nouvelle suffiront pour le complément de la prescription.

Il faut bien déterminer l'étendue de cette restriction et pour cela je prends deux hypothèses. — Je suppose que la prescription de la loi ancienne fût de quarante ans et qu'il se fût déjà écoulé cinq ans avant la promulgation du Code Nap.; aux termes du dernier § de l'art. 2281, le prescrivant n'aurait que trente ans à attendre pour avoir prescrit.

Mais si le prescrivant comptait quinze ans de possession sous la loi ancienne, en sorte qu'il ne lui restât plus que vingt-cinq ans à attendre, suivant cette loi, quinze ans de possession sous le Code Nap. ne lui suffiraient pas. — Il faudrait qu'il complétât les quarante ans par vingt-cinq ans de possession sous le Code.

Il est bien évident que le principe qui domine l'art. 2281 est que *la loi en vigueur au moment où la prescription commence est la seule d'après laquelle on doit déterminer toutes les conditions nécessaires pour prescrire.* — Et ce qui le prouve, c'est que la loi nouvelle n'est appliquée, en matière civile, que pour la prescription de trente ans, et à la condition encore que les trente ans s'accomplissent depuis la promulgation de la loi nouvelle.

Ce principe a été l'objet d'assez vives critiques. — On a dit qu'il serait bien plus équitable d'appliquer ici la rétroactivité, parce qu'une prescription inachevée n'est qu'une simple attente, une espérance qui, à la veille même de sa réalisation, peut être brisée, anéantie par un acte interruptif.

Je crois que ceux qui ont fait ces critiques n'ont envisagé qu'une des faces de la question; il est bien vrai que le prescrivant, tant qu'il n'est pas arrivé au dernier jour de la prescription, n'a pas de droit acquis, qu'il n'a qu'une expectative; mais il y a un autre intérêt qu'on doit considérer, c'est l'intérêt contre lequel on prescrit. Si la loi nouvelle change toutes les conditions de la prescription, quelle sera la position de celui auquel la prescription sera opposée? La loi ancienne exigeait quarante ans. La loi nouvelle n'en demande que dix. Si la loi nouvelle était applicable et que dix ans eussent couru sous l'ancienne loi, tout serait fini; ce serait une surprise. Celui contre lequel on prescrivait croyait encore avoir trente ans devant lui. Il rassemblait ses preuves : il préparait la lutte et le succès, et voilà que sa prudence serait la mort du Droit qu'il voulait protéger!

Digitized by Google

Tout ce que l'on pourrait dire en faveur de la rétroactivité, c'est que la loi nouvelle aurait le pouvoir d'allonger le temps nécessaire pour la prescription, et non celui de l'abréger, parce que si elle l'abrégeait, elle s'exposerait à ruiner des droits qui, selon la loi ancienne, pouvaient compter sur un long temps pour se faire jour.

Eh bien, l'art. 2281 est-il applicable aux matières pénales?

Non, — Cet article n'est applicable qu'aux matières civiles dans l'acception la plus large du terme, c'est-à dire aux matières civiles et commerciales et à la procédure. C'est ce que révèle l'art. 2265 du Code Nap. — Ce qui est certain, c'est qu'il ne régit pas, au moins directement, les matières pénales.

Comment donc sont réglées les prescriptions commencées lors de la promulgation d'une loi qui change les conditions auxquelles ces prescriptions étaient subordonnées?

Quatre systèmes sont en présence :

Premier système. — Si l'art. 2281 n'est pas directement applicable aux matières pénales, il doit au moins être appliqué par analogie. — Il faut, en effet, tenir compte non-seulement de l'intérêt du prescrivant, mais de l'intérêt contre lequel on prescrit, et ici le prescrivant a en face l'intérêt de la partie lésée et, ce qui est bien plus grave, l'intérêt social.

Si la loi ancienne exigeait trente ans pour la prescription de la poursuite et que la loi nouvelle n'en exigeât que dix, le ministère public pourrait voir soudainement son action paralysée. S'il n'avait pas agi pendant dix ans, c'est qu'il voulait agir avec certitude. — Que si la loi nouvelle augmentait le temps nécessaire pour prescrire, on ne pourrait l'appliquer au prévenu ou au condamné; car ce serait aggraver sa situation.

Deuxième système. — Il ne faut appliquer exclusivement ni la loi ancienne ni la loi nouvelle, mais bien les deux lois cumulativement, en faisant compte au prescrivant du temps écoulé sous l'ancienne loi, proportionnellement à la durée de la prescription sous cette loi et en lui imputant le temps écoulé sous la loi nouvelle, proportionnellement à la durée de la prescription sous la loi nouvelle.

Ainsi, la prescription ancienne était de quarante ans. La prescription nouvelle est de dix ans. — Vingt ans se sont écoulés

Digitized by Google

sous l'empire de la loi ancienne, cinq ans suffiront sous l'empire de la loi nouvelle. M. Merlin a professé ce système [1].

Troisième système. — Il ne faut appliquer ni exclusivement la loi ancienne, ni exclusivement la loi nouvelle, ni cumulativement la loi ancienne et la loi nouvelle ; mais soit la loi nouvelle, soit la loi ancienne, suivant que l'une ou l'autre est plus favorable au condamné.

On ne comprendrait pas que la société appliquât la loi ancienne, la prescription de quarante ans par exemple, quand elle reconnaît que, pour les faits nouveaux, après dix ans, elle ne peut pas poursuivre en sécurité.

Pourquoi pourrait-elle poursuivre le fait ancien *pendant* quarante ans ?

Que, si c'est la loi nouvelle qui augmente la durée de la prescription, il faut appliquer la loi ancienne, car on aggraverait, après coup, la position du prévenu ou du condamné.

La prescription de la poursuite, et surtout celle de la peine reposant sur l'idée que l'expiation a été subie par équivalent, on doit appliquer à la loi de la prescription, le principe qui régit la pénalité elle-même.— Or, entre deux lois établissant des peines différentes, on applique la loi la plus douce [2].

Quatrième système.— Ce système, c'est le nôtre, applique aux matières pénales, toujours et sans distinction, la loi nouvelle, soit qu'elle abrège, soit qu'elle allonge la durée de la prescription.

La prescription de la poursuite et la prescription de la condamnation, reposent principalement sur le défaut d'intérêt de la société à l'application de la sanction pénale, quand un laps de temps déterminé s'est écoulé, soit depuis l'infraction, soit depuis le dernier acte de poursuite, soit même depuis le jugement. Aucune de ces deux prescriptions n'a été établie dans l'intérêt de l'infraction ou de l'infracteur. La prescription de la poursuite

[1] Arrêts de cassation, 25 février 1808. — 29 avril 1808. — 18 août 1808, rapportés par Merlin. Répert., v° *Prescription*, sect. 1, § 3, n° 12.

[2] *Sic*, Cassation, 18 juin 1812. — 5 septembre 1812. — 22 avril et 6 mai 1813. — 21 août 1817. — Merlin, *eod loc.* à la note. — Legraverend, tome I, p. 82. — Rauter, n° 852. — Mangin, n° 295. — Dalloz, v° *Prescription*, ch. II, sect. 4. — Lesellyer, tome VI, n° 2408. — Achille Morin, *Répertoire*, v° *Effet rétroactif*, n° 16.

Digitized by Google

suppose même que l'existence de l'infraction, ou au moins le lien qui unit à elle l'infracteur, ne sont plus susceptibles d'une constatation certaine. — Dans l'incertitude et dans le doute, la société s'abstient : l'agent profite de ce scrupule social ; mais le but n'a jamais été de l'affranchir d'une pénalité méritée.

Quant à la prescription de la condamnation, ce n'est pas dans une intention de faveur pour le condamné et en quelque sorte de bienfait ou de pardon que la société édicte la prescription.

Elle ne fait remise de la peine que parce qu'elle a conscience qu'elle n'a plus de titre pour la faire exécuter, quand la condamnation ne vit plus dans le souvenir public, quand l'intérêt de l'autorité de la loi ne réclame plus le sacrifice, soit de la liberté, soit de la vie du coupable.

La société peut même considérer, dans une certaine mesure, qu'elle a intérêt à ne pas raviver la mémoire d'une infraction qui a échappé si longtemps au châtiment. L'exécution de la peine ne serait-elle pas un témoignage de l'impuissance plutôt que de la puissance de la loi ? — Cela étant, si la loi nouvelle abrège la prescription, pourquoi la société conserverait-elle plus longtemps le droit de poursuivre les faits, ou de faire exécuter les condamnations qui ont précédé la loi nouvelle, que les faits ou les condamnations qui la suivent ?

Le quatrième système, sous ce rapport, est d'accord avec le troisième. Mais il applique la prescription la plus courte, — non pas parce qu'elle est la plus courte, — mais parce qu'elle est la dernière expression de l'opinion de la société sur son intérêt véritable.

Si la loi nouvelle allonge la prescription, c'est que la société considère qu'elle a désormais des moyens d'instruction assez sûrs pour constater la culpabilié, malgré le laps de temps qui, sous la loi ancienne, affranchissait de la poursuite.

Si la société considère que l'inexécution de la condamnation pendant le délai fixé par la loi ancienne est insuffisante pour faire oublier et le crime et le jugement, cette opinion sera réputée vraie, non seulement pour les faits postérieurs, mais pour les faits antérieurs, et partant elle devra faire la règle, sans s'attacher à la date des infractions ou des condamnations, du moment où l'on admettra que la prescription n'est pas une générosité pour l'infracteur, mais une conséquence, soit de l'intérêt, soit au moins de l'absence d'intérêt social.

Digitized by Google

Vainement objecterait-on le *droit acquis* à l'agent contre la poursuite ou contre l'exécution de la condamnation.

De *droit acquis*, il ne saurait y en avoir, tant que la prescription n'est pas accomplie, et, c'est avant son accomplissement, que la loi édicte des conditions nouvelles.

Vainement encore objecterait-on que, dans ce système, le ministère public peut être désarmé, par une loi nouvelle, de son droit d'action, au moment où il devrait compter qu'il avait encore un long temps pour l'exercer. En effet, cette objection ne peut s'adresser qu'à la loi qui abrège la prescription.— Elle n'est pas faite dans l'intérêt du prescrivant, mais dans l'intérêt contre lequel on prescrit. Eh bien, cette objection s'applique au troisième système comme au quatrième, puisque le troisième système s'attache à celle des deux prescriptions qui est la plus favorable au prévenu ou au condamné. — Or, l'objection n'a pas arrêté la Cour de cassation ; elle n'a pas arrêté M. Merlin.— C'est que l'intérêt social ne varie pas avec la date des infractions ou des condamnations, que cette date soit antérieure ou postérieure à la loi nouvelle.

Je comprends très-bien que les théories qui voient dans la prescription une protection pour le prévenu ou pour le condamné, qui ne se préoccupent que de l'intérêt individuel, optent pour celle des deux lois qui fait à l'infraction et à l'infracteur la meilleure situation.

Le principe qui régit la prescription en matière pénale est donc, suivant nous, absolument contraire au principe suivi dans l'article 2281 pour les matières civiles.— De ce conflit de principes, peut naître une difficulté pour la prescription de l'action civile naissant de l'infraction. Elle naît dans le système qui professe que l'action civile, même devant la juridiction civile, ne survit pas à la prescription de l'action publique.

Il est bien évident que, si la durée de la prescription ne changeait que par suite de la transformation du caractère de l'infraction, en vertu d'une loi nouvelle, parce que, par exemple, ce qui n'était qu'un délit serait devenu un crime, la position du prévenu ou du condamné ne serait pas aggravée (Cassat., 25 novemb. 1830, Sir. 31—1—392).

BERTAULT,
Professeur à la faculté de droit de Caen.

Digitized by Google

ADJUDICATIONS RENVOYÉES DEVANT NOTAIRES.

DROIT DE PRÉSENCE DES AVOUÉS. — ÉMOLUMENT.

1. S'il est important de dénoncer à la critique des jurisconsultes les arrêts qui s'écartent des saines doctrines et consacrent des solutions peu conformes aux principes, c'est alors surtout que ces arrêts viennent ébranler une jurisprudence établie et remettre en litige des points qui semblaient désormais échapper à toute controverse sérieuse. Une décision inexacte est, en pareil cas, doublement regrettable, et parce qu'elle blesse, trop souvent d'une manière irréparable, un intérêt légitime, et plus encore peut-être, parce qu'elle jette l'incertitude et la confusion dans la pratique des affaires et fait naître le doute dans les esprits. A ce point de vue, il n'est pas de question indifférente, quelque médiocre qu'en soit l'objet, et l'on ne saurait passer légèrement par le motif que le dommage n'est pas considérable; car un mauvais précédent enfante bien des difficultés; il fait revivre des systèmes justement proscrits, inspire la confiance à des prétentions mal fondées, encourage les plaideurs téméraires dans leurs efforts pour soutenir opiniâtrement une thèse reconnue fausse, et souvent il faut ensuite que les idées vraies luttent longtemps et que la justice se prononce plus d'une fois pour que le mal soit réparé et la jurisprudence raffermie.

Plus haut, d'ailleurs, siége le tribunal dont émane une telle décision, plus grande en est la portée, plus funeste l'influence. Tout est remis en péril, si c'est la Cour suprême qui tombe en contradiction avec elle-même ; et alors, quel que soit le respect qui s'attache à ses décisions, il ne faut pas craindre de les discuter et d'en appeler à elle-même de ses propres jugements.

2. Telles sont les considérations qui nous feront pardonner par les lecteurs de la *Revue* de les entretenir d'une simple question de taxe, et de nous livrer avec eux à l'examen critique d'un arrêt encore inédit, rendu en cette matière par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, le 19 juillet dernier. Cet arrêt nous paraît avoir méconnu complétement les principes, et si nous n'hésitons pas à en combattre ici la doctrine et à en con-

Digitized by Google

damner la solution, c'est que nous nous appuyons sur l'autorité de la Chambre civile de la Cour et sur celle de la Chambre des requêtes elle-même.

3. Lorsqu'une vente d'immeubles est renvoyée par le tribunal devant un notaire, et que l'avoué poursuivant assiste à l'adjudication, a-t-il droit à autant de vacations qu'il y a de lots adjugés, jusqu'à concurence de six, suivant les termes de l'article 11, §§ 11 et 12 de l'ordonnance du 10 octobre 1841, ou bien suffit-il de lui allouer une seule vacation de 12 francs pour droit de présence, quel que soit d'ailleurs le nombre des lots ?

L'arrêt de rejet du 19 juillet a adopté ce dernier système jusqu'alors repoussé par la Cour de cassation, et ce retour de jurisprudence si inattendu ne nous semble en aucune façon justifié par les motifs que renferme l'arrêt.

4. La question sur laquelle la Cour avait à statuer, n'était assurément pas une de ces difficultés qui présentent en même temps à l'esprit, de quelque côté qu'il se porte, des éléments à peu près égaux de conviction et de doute qui n'offrent point une raison de décider bien nette et capable de fixer toutes les hésitations et qui laissent en définitive le juge encore en proie à l'incertitude après un laborieux examen, et toujours exposé à quelques scrupules, même après la sentence. On conçoit alors qu'une nouvelle étude puisse conduire à une solution nouvelle du point de droit. Mais ici le changement n'a pas cette excuse, et la jurisprudence consacrée se recommandait par trop de considérations déterminantes pour appeler une révision; elle était, en effet, conforme au texte de l'ordonnance du 10 octobre 1841, et à la pensée qui en a inspiré les dispositions, et toute autre application du tarif ne pouvait s'étayer que sur des idées spécieuses et sur une interprétation arbitraire.

5. Une première proposition qui ne paraît plus susceptible d'être aujourd'hui controversée, c'est que les ventes renvoyées devant notaires ne perdent pas leur caractère de ventes judiciaires. Quelque doute s'était élevé à ce sujet sous l'empire de l'ancien Code de procédure; la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, par un arrêt du 25 juin 1828, s'était prononcée en sens contraire; elle avait repoussé l'assimilation entre la vente renvoyée devant un notaire et celle faite devant le juge-commissaire, et avait admis qu'au premier cas la procédure était terminée par le jugement ordonnant le renvoi.

Digitized by Google

Mais cette doctrine, si critiquable, a été bannie depuis la réforme de 1841, et ne saurait plus se soutenir désormais. La loi du 2 juin, loin d'exclure le ministère des avoués, a entendu, au contraire, laisser aux parties la garantie de leur présence et n'a introduit dans la procédure, lorsqu'elle est suivie devant le notaire, que deux modifications, l'une relative à la liberté d'enchérir, l'autre à la rédaction du cahier des charges. A ces deux exceptions près, le rôle des avoués reste devant le notaire ce qu'il était devant le tribunal ; la procédure se poursuit et leur action continue d'être légalement indispensable. Aussi, l'ordonnance du 10 octobre, rédigée pour l'application du nouveau Code de procédure, après avoir implicitement reconnu la nécessité de leur intervention dans les articles 10 et 11 en leur allouant un émolument pour prendre communication du cahier des charges et pour faire les publications, réserve en termes formels dans son article 14 leur participation à la vente.

Rien n'est donc changé à la nature de la vente par le renvoi devant un notaire ; cet officier ministériel se trouve substitué au juge-commissaire ; il en prend la place de telle sorte qu'il représente, comme lui, le tribunal, et que l'acte passé devant lui est censé fait en justice et devant le tribunal. La vente opérée par son ministère n'est dès lors, ainsi que l'a proclamé la Cour de cassation dans son arrêt Dispot du 18 novembre 1844, que « la suite et le complément de la poursuite intentée pour y parvenir. »

6. La conséquence de ce principe, c'est que les avoués conservent le droit de postuler devant le notaire délégué comme devant le tribunal lui-même, et qu'en vertu des lois qui organisent leurs fonctions, tous les actes de la procédure, après comme avant le renvoi, sont de leur domaine exclusif, à moins d'une dérogation expresse consacrée par le législateur.

Or, nous l'avons dit, la loi du 2 juin 1841 n'admet que deux exceptions. L'article 957 attribue au notaire, à l'exclusion des avoués, la rédaction du cahier des charges, et l'article 964 permet à toute personne de porter les enchères, sans ministère d'avoué. Mais ce dernier article, il faut le remarquer, ne prononce pas l'exclusion de l'avoué ; c'est une simple faculté qu'il accorde aux intéressés ; dès lors, l'avoué conserve à cet égard l'aptitude qu'il tient de la loi de son institution, et s'il se présente aux enchères, il est certain qu'il fait licitement un acte de

Digitized by Google

son ministère et qu'il doit être considéré, non comme un simple mandataire de son client, mais comme un officier ministériel exerçant devant la justice une des fonctions pour lesquelles il est revêtu d'un pouvoir spécial.

En résumé, devant le notaire, une seule de ses attributions ordinaires lui est enlevée d'une manière absolue; toutes les formalités de la vente, sauf la rédaction du cahier des charges, restent de son ressort; pour porter les enchères, son intervention cesse, il est vrai, d'être obligatoire; mais elle ne cesse pas, pour cela, d'être permise; tous les autres faits de procédure ne peuvent être accomplis que par lui.

7. Il suit de là qu'il a droit aux émoluments des actes qu'il fait devant le notaire comme devant le tribunal, et que le tarif dressé pour les ventes judiciaires continue toujours de s'appliquer même après le renvoi devant le notaire. Une seule allocation ne saurait jamais plus être due à l'avoué, c'est le salaire afférent à la rédaction du cahier des charges. Une autre encore ne lui sera pas toujours due, c'est la vacation qui lui est accordée pour sa présence à l'adjudication. Cette vacation ne lui sera point passée en taxe lorsqu'il n'y aura pas effectivement assisté; mais elle le sera dans le cas contraire, comme tout autre honoraire porté au tarif.

Ce droit des avoués, aujourd'hui établi par une jurisprudence constante, et notamment par les arrêts Masson, du 14 janvier 1845, Lebarbey de Beaumont et Poncet, du 11 février 1850, n'a point d'ailleurs été dénié par le nouvel arrêt du 19 juillet dernier; il a proclamé lui-même que les ventes renvoyées devant le notaire sont des ventes judiciaires, que les avoués ont le droit d'y assister et qu'on ne peut à ce titre leur contester les émoluments fixés par la loi.

8. Or quel est l'émolument fixé par la loi pour la présence des avoués à l'adjudication, et qui conséquemment ne peut leur être contesté lorsqu'ils ont effectivement assisté à cette opération? L'article 11, § 11 et 12 de l'ordonnance du 10 octobre 1841 répond à cette question de la manière la plus nette :

« Pour vacation à l'adjudication, dit-il, à Paris, 15 francs; dans le ressort, 12 francs.

« Ce droit sera alloué à raison de chaque lot adjugé, quelle qu'en soit la composition, sans que ce droit puisse être exigé sur un nombre de lots supérieur à six. »

Digitized by Google

Aucune distinction n'est faite par la loi; aucune restriction n'est apportée au droit des avoués pour le cas de renvoi de la vente devant notaire; rien dans toute l'ordonnance de 1841 n'implique la volonté de les traiter différemment, selon que l'adjudication a lieu à la barre du tribunal ou devant un notaire délégué, et cette observation suffit déjà à légitimer également l'application de ces dispositions dans l'une et dans l'autre hypothèse.

9. Mais il y a plus : l'article 11 de l'ordonnance est rangé sous cette rubrique : « Emoluments communs aux différentes ventes. » On soutenait, il est vrai, sous l'empire de l'ancien Code de procédure et de la jurisprudence de 1828, que ce titre ne devait s'entendre que des ventes judiciaires, que dès lors le cas d'une vente renvoyée devant notaire n'y était pas compris, qu'il ne se trouvait point prévu au tarif, et qu'ainsi cet article destiné à régler les ventes retenues par le tribunal, ne pouvait régir les autres. A supposer même qu'elle eût alors dû être acceptée, une pareille argumentation ne saurait se reproduire depuis les arrêts du 18 novembre 1844 et du 14 janvier 1845; car ils en ont renversé toute la base en reconnaissant le caractère judiciaire des ventes qui nous occupent. Aujourd'hui qu'on ne peut plus prétendre que ces ventes cessent d'être judiciaires, il n'y a plus ni raison ni prétexte pour conclure qu'elles ne donnent point lieu à l'application des dispositions que le tarif déclare communes aux différentes ventes.

Ainsi le droit des avoués ne se fonde pas seulement sur la généralité des termes de la loi et sur l'absence de toute restriction; il résulte même d'une prescription formelle et explicite.

10. Il résulte encore du rapprochement de l'article 11 de l'ordonnance avec l'article 14 qui se rapporte spécialement à la délégation d'un notaire pour procéder à l'adjudication.

Cet article, en effet, transporte de l'avoué au notaire chargé de la rédaction du cahier des charges et des soins de la vente, les émoluments que l'article 11 allouait à l'avoué pour ce même travail et ces mêmes soins, à savoir le salaire pour la grosse du cahier des charges tarifé par le premier paragraphe de cet article, et la remise proportionnelle établie par le treizième paragraphe. Mais l'article 14 ajoute aussitôt « que les avoués restent chargés de l'accomplissement des autres actes de la procédure, et qu'ils auront droit aux émoluments fixés pour ces actes. » Or, au nombre de ces émoluments qui ne sont pas attribués au no-

Digitized by Google

taire, mais qui sont conservés aux avoués, ne trouvons-nous pas la vacation à l'adjudication, et cette vacation autant de fois répétée qu'il y a de lots adjugés jusqu'au nombre de six ?

11. Ces preuves, tirées du texte même de l'ordonnance, ont sans doute une assez grande énergie, et l'évidence en est bien irrésistible, puisque l'arrêt du 19 juillet ne conteste pas que les avoués soient fondés à exiger un émolument pour présence à l'adjudication. C'est donc que le paragraphe 11 de l'article 11 est une disposition commune à la vente faite devant le tribunal et à celle renvoyée devant notaire; c'est donc que l'émolument qu'il alloue est de ceux que l'article 14 maintient exclusivement aux avoués. Mais alors sur quel fondement repousser l'application du paragraphe 12 de cet article, réclamée en vertu des mêmes raisons et des mêmes textes, en vertu de la généralité de la rubrique sous laquelle le législateur a placé l'article 11 tout entier et des dispositions expresses de l'article 14? Sur quel fondement prétendre que la pluralité des droits établie par le paragraphe 12 à raison de la pluralité des lots adjugés n'est pas un émolument commun aux différentes ventes, aussi bien que le droit unique admis par le paragraphe 11 pour le cas où la vente se fait en un seul lot? Sur quel fondement enfin avancer que ce droit multiple du paragraphe 12 n'est pas compris dans la réserve expresse de l'article 14, aussi bien que le droit simple du paragraphe 11? Il faut accorder ou refuser l'émolument tout entier, appliquer les deux paragraphes ou n'en appliquer aucun, sous peine de contrevenir aux notions les plus élémentaires de la logique et de se jeter dans l'arbitraire. Ainsi le système de l'arrêt, condamné par l'étude du tarif, implique encore en lui-même contradiction et ne repose sur aucune base solide.

12. Et qu'on n'objecte pas que cette sorte de transaction, si elle n'est pas conforme à la lettre de l'ordonnance, est du moins conforme à son esprit. L'erreur ne serait pas moins certaine. L'esprit, comme la lettre de l'ordonnance du 10 octobre 1841, fait justice de ce système mixte qui ne consacre qu'à moitié les principes de la matière, et après les avoir acceptés dans ses prémisses, les sacrifie dans sa conclusion à des considérations purement imaginaires.

C'est une pensée d'économie, dit-on, qui a inspiré la réforme de 1841. Oui, sans doute; mais ce n'est pas une pensée de parci-

Digitized by Google

monie. Le législateur a voulu exonérer les ventes judiciaires d'immeubles des frais en même temps que des lenteurs occasionnés par des formalités que l'expérience avait fait reconnaître inutiles pour protéger efficacement les intérêts des parties, et qu'on faisait à ce titre disparaître de notre procédure ; mais il n'a pas voulu, afin de diminuer davantage les frais, supprimer des garanties jugées sérieuses et réelles, soit en retranchant des actes susceptibles de parer au danger d'une précipitation excessive ou d'assurer un contrôle suffisant sur les opérations, soit en écartant les mandataires éclairés que la loi recommande toujours et impose même le plus souvent à la confiance des parties. Il ne l'a pas entendu ainsi, parce qu'un tel système d'économie leur eût été souvent bien plus funeste que l'état ancien, et que quelques frais de moins eussent pu être achetés par trop d'inconvénients en plus.

13. En outre, il s'est préoccupé de la situation des officiers ministériels dont la rémunération s'amoindrit de jour en jour par suite de réformes successives, à mesure que les choses de la vie croissent de prix, et il a cherché à concilier dans une juste proportion l'abaissement de leurs émoluments avec les ménagements qui leur sont dus. Cette sollicitude ne nous est-elle pas suffisamment révélée par ce passage très-net et très-significatif que nous lisons dans le rapport fait au roi par le garde des sceaux, lorsqu'il soumit à son approbation l'ordonnance du 10 octobre : « Le désir de réaliser les économies promises n'a point fait perdre de vue la position des officiers ministériels et les égards qu'elle commande ? »

14. Est-il vrai de dire, après cela, qu'on se conforme à l'esprit de l'ordonnance de 1841 et qu'on l'interprète sainement, lorsqu'au lieu de tenir compte des divers ordres de considérations auxquels le législateur s'est attaché et de les mettre équitablement en balance, on n'en embrasse qu'un seul, qu'on efface les autres pour le leur substituer toujours et partout, et qu'on va criant sans cesse à l'économie des frais et fermant les yeux sur tout le reste ? Non ; c'est là bien plutôt dénaturer l'esprit de l'ordonnance ; c'est méconnaître la sagesse du législateur et en paralyser les effets ; c'est renouveler ces fausses théories que M. Treilhard, en présentant au corps législatif les deux premiers livres du Code de procédure civile, condamnait avec tant de force et d'autorité dans son exposé de motifs : « Si l'on en croyait

Digitized by Google

certaines personnes, disait-il, on supprimerait toute espèce de procédure, comme si la décision des magistrats pouvait n'être précédée d'aucune instruction. On réduirait arbitrairement tous les droits, comme s'il pouvait exister une classe d'hommes qui, seule, donnerait gratuitement à ses concitoyens ses soins, ses peines, le fruit de son travail et de son expérience. » Hâtons-nous donc d'écarter cette faible et décevante raison : attachons-nous à la loi telle qu'elle est faite, sans vouloir ajouter à sa prévoyance et à ses vues d'économie ; car avec cette façon de procéder, on est bien vite conduit hors des voies de la vérité. Comme on ne trouve pas la justification d'une doctrine préconçue, mais bien plutôt sa réfutation, dans l'examen et le rapprochement des textes, on cherche d'abord des motifs de douter ; *on s'efforce de* tourner les inductions les plus précises, de les mettre en suspicion et de prendre le législateur en défaut ; on interprète son silence ; on parvient ainsi à le faire parler, et on finit, sans s'en apercevoir, par transgresser la loi et blesser en même temps l'équité.

15. C'est à ce double résultat qu'arrive, sous prétexte de suivre l'esprit de l'ordonnance de 1841 de préférence à sa lettre, le système si malheureusement consacré par l'arrêt du 19 juillet.

Qu'il aboutisse à la transgression de la loi, nous croyons l'avoir démontré par l'étude des textes. Il est encore plus manifeste, s'il est possible, qu'il est en opposition avec l'équité.

On dit, en effet (et c'est encore là tout le fondement de nôtre arrêt), que la pluralité des vacations accordée aux avoués par le paragraphe 12 à raison de la pluralité des lots adjugés, est le salaire du surcroît de travail que leur donne le lotissement ; que, dans les ventes renvoyées devant un notaire, celui-ci étant chargé de la rédaction du cahier des charges, les avoués n'ont plus à s'occuper du lotissement ; qu'ainsi, leur conserver dans ce cas le droit à la pluralité des vacations, c'est les payer d'un travail qu'ils ne font point.

Nous ne craignons pas de l'affirmer : autant de propositions, autant d'erreurs. Ce qui est exact, c'est, non pas qu'on retranche aux avoués le prix d'un travail qu'ils ne font point, et que la loi leur paierait bien à tort, mais qu'on leur dénie, en réalité la rémunération d'un travail qui, dans toutes les hypothèses, leur incombe effectivement.

16. Et d'abord, l'émolument multiple du paragraphe 12 est-il,

Digitized by Google

comme on l'avance, le salaire du surcroît de travail produit par le lotissement?

Quoi! pour un travail aussi difficile et aussi considérable que peut l'être le lotissement dans certaines ventes d'immeubles, l'ordonnance n'allouerait qu'un droit qui ne pourrait, en aucun cas, excéder 72 francs? Le succès de la vente dépend souvent de la manière dont les lots sont divisés : tel bien atteindra à un prix avantageux, si l'on y joint telle annexe, et tel autre, avec cette même annexe, perdra de sa valeur. Souvent cette opération importante soulève des réclamations ; toutes les parties n'ont pas le même intérêt, et chacune d'elles veut faire prévaloir le sien. Que de soins, que de temps alors ne faudra-t-il pas aux avoués pour les concilier ou pour fournir au tribunal tous les éléments d'une bonne décision? Le salaire réglé par le paragraphe 12 de l'article 11 serait en évidente disproportion avec une pareille besogne, surtout si l'on songe à l'émolument vraiment considérable que l'ordonnance, dans le paragraphe 13 de cet article ou dans le paragraphe 2 de l'article 14, accorde, soit à l'avoué, soit au notaire, pour la rédaction du cahier des charges et le soin de préparer l'adjudication, et qui consiste dans une remise proportionnelle sur le prix d'adjudication des biens variant de un à un huitième pour cent.

17. Mais ce qui prouve d'une manière irréfragable que les vacations à l'adjudication ne correspondent pas le moins du monde au travail du lotissement, c'est qu'il existe dans le tarif un émolument spécial auquel l'avoué n'a droit que lorsqu'il prépare lui-même le lotissement. C'est la remise complémentaire établie par le paragraphe 16 de l'article 11 qui ne lui est jamais due que lorsqu'on n'a pas eu recours à des experts pour procéder à l'estimation des immeubles et à la formation des lots. Là est le véritable salaire du lotissement ; il est en proportion avec les difficultés de ce travail, et il ne se justifierait en aucune manière, s'il n'avait ce travail pour cause.

Admettons, en effet, pour un instant et par pure hypothèse, que l'émolument si modique du paragraphe 12 soit le prix du lotissement ; pourquoi alors l'émolument du paragraphe 16? Il y aurait manifestement double emploi ; le même travail serait payé deux fois, et la justice exigerait qu'on effaçât du tarif ce paragraphe 16, qui ne contiendrait plus qu'une libéralité purement gratuite, exorbitante, conférée sans raison à l'avoué aux dépens

Digitized by Google

des intéressés. Qu'il y eut ou qu'il n'y eut pas d'expertise, l'avoué ne devrait alors, en aucun cas, avoir rien de plus à réclamer que les vacations à l'adjudication; tout autre honoraire devrait être retranché comme abusif, comme constituant une véritable exaction.

Il y a plus : non-seulement il ne devrait jamais avoir droit qu'aux vacations à l'adjudication, mais encore, pour être conséquent, il faudrait, dans le système que nous repoussons, lui retrancher même ces vacations chaque fois que des experts seraient intervenus pour former les lots, de même que l'ordonnance du 10 octobre lui refuse, dans ce cas, la remise proportionnelle du paragraphe 16. Il faudrait au moins ne lui laisser alors qu'un seul droit de 12 francs pour prix du temps qu'il passe à l'*adjudication*, et lui refuser tout droit à la pluralité des vacations, sans distinguer, comme dans l'arrêt du 19 juillet, si la vente s'effectue à la barre ou devant le notaire ; car, en cas d'expertise, ce n'est pas l'avoué qui a été chargé du travail du lotissement, ce sont toujours les experts; et, dès lors, quelque mode qui ait été suivi pour terminer la vente, il serait souverainement inique de lui accorder la rémunération, aussi minime d'ailleurs qu'on le voudra, d'une peine qu'il n'a pas eu à prendre.

18. Mais alors, demandera-t-on peut-être, si l'émolument des paragraphes 11 et 12 n'a point trait au travail du lotissement, qu'est-ce donc que cet émolument et pourquoi le multiplier à raison de la pluralité des lots?

Ce que c'est? Le nom même par lequel la loi le désigne ne l'indique-t-il pas suffisamment? C'est le prix de l'assistance de l'avoué à l'adjudication, l'indemnité pour le temps qu'il y consacre aux intérêts de ses clients. — Pourquoi le multiplier? Parce qu'une adjudication en plusieurs lots doit être plus longue qu'une adjudication en un seul, et que, par suite, il est juste de lui accorder une indemnité plus forte à raison d'une opération qui absorbe plus de son temps.

Le tarif ne lui paie donc que ce qui lui est rigoureusement dû, lorsqu'il lui passe en taxe plusieurs vacations à raison d'une adjudication en plusieurs lots, encore même qu'il n'ait pas été chargé du soin de composer les lots et que ce travail ait été confié à des experts.

Il ne faut pas oublier d'ailleurs que si l'avoué se rend à la vente, ce n'est pas pour assister là en simple spectateur et pour

Digitized by Google

acquérir le droit de porter sur son mémoire quelques vacations de plus. Il s'y rend, parce que sa présence peut être utile à son client, parce que, même au moment de l'adjudication, des difficultés peuvent surgir devant le notaire; que des modifications au cahier des charges peuvent être demandées par les acquéreurs; qu'il y a lieu, tout au moins, d'opérer entre les divers lots la répartition des frais de la vente. Pour pouvoir utilement discuter toutes les questions qui peuvent s'élever, il faut qu'il se soit préparé par l'étude de tous les éléments de l'affaire; il faut qu'il ait pris à l'avance communication du cahier des charges, et l'ordonnance le reconnaît si bien, qu'elle lui alloue pour ce travail un salaire spécial dans son article 10; il faut surtout, lorsqu'il n'a pas fait le lotissement, qu'il contrôle le travail des experts et en vérifie les bases, soit afin de le critiquer devant le tribunal, soit pour le défendre devant le notaire, après que le tribunal l'a consacré et a délégué à cet officier le soin de l'adjudication Et cette nécessité de revoir le lotissement, lors même que d'autres y ont procédé, légitime une fois de plus l'augmentation de son émolument qu'expliquait déjà bien suffisamment la durée plus longue d'une adjudication consommée en plusieurs lots.

Ainsi, en résumé, les vacations à l'adjudication ont leur raison d'être, indépendamment du travail de la formation des lots. Elles ne sont pas le prix de ce travail, mais d'autres soins tout à fait différents, et le lotissement lui-même est rémunéré par une allocation particulière. C'est donc par l'effet d'une évidente confusion qu'on a pu avancer la proposition spécieuse que nous combattons.

19. La seconde allégation des adversaires des avoués n'est pas plus exacte que la première : après une erreur de droit, ils commettent là une erreur de fait.

Non, on ne saurait soutenir que la formation des lots passe de l'avoué au notaire délégué; qu'elle soit comprise dans la rédaction du cahier des charges que l'article 957 du Code de procédure confie exclusivement au notaire; enfin, que le renvoi de la vente devant un notaire apporte aucun changement dans la procédure à l'égard du lotissement.

Et ici l'erreur est palpable. Il n'est pas possible que cette opération soit jamais l'œuvre du notaire pour une raison bien simple et bien péremptoire : c'est qu'elle est accomplie avant même que le notaire intervienne dans la vente.

Digitized by Google

En effet, l'article 955 n'exige-t-il pas que le jugement qui ordonne la vente fixe la mise à prix? C'est ce même jugement qui délègue le notaire. La mise à prix est donc déterminée avant que le renvoi au notaire soit prononcé, ou du moins en même temps. Or, pour cette détermination, ne faut-il pas que les lots soient préalablement formés, lorsqu'il y a lieu de vendre en plusieurs lots? Ce ne peut donc être le notaire qui procède à cette formation.

Il rédige, il est vrai, le cahier des charges, dans lequel la division des lots est consignée; mais qu'importe? Il ne produit pas pour cela un travail qui lui soit propre; il ne fait qu'insérer dans son cahier des charges le travail qu'il a trouvé tout fait et consacré par le tribunal dans son jugement; il ne fait que copier le jugement.

Qui donc en réalité a préparé ce travail, l'a soumis aux juges et le leur a fait sanctionner? Les agents qui le préparent d'ordinaire, lorsque la vente se termine devant le tribunal sans intervention d'un notaire; c'est-à-dire les experts sous le contrôle des avoués, si le tribunal reconnaît la nécessité d'une expertise, ou les avoués seuls sans l'aide des experts, si le tribunal ne juge pas leur concours indispensable. Rien n'est donc modifié dans la procédure relativement à cette importante opération. Le notaire se borne à introduire dans le cahier des charges le lotissement et les mises à prix arrêtés par le tribunal, comme l'avoué poursuivant l'aurait fait lui-même, si la vente eût été retenue à la barre.

20. — Un peu plus de soin à rapprocher entre elles les diverses dispositions de l'ordonnance aurait empêché de méconnaître cette vérité. L'art. 14 lui-même porte la preuve que le législateur n'a jamais songé à se mettre en opposition avec la pratique constante des affaires et à attribuer au notaire une fonction qui ne peut lui appartenir.

Dans ses deux premiers paragraphes, il lui alloue les mêmes honoraires que l'art. 11 aux avoués, dans ses paragraphes 1 et 13, pour la rédaction du cahier des charges et le soin de préparer les enchères. Dans le troisième, il limite expressément son rôle à trois opérations, la rédaction du cahier des charges, la réception des enchères et l'adjudication, sans parler nullement du travail de la composition des lots. Il réserve formellement aux avoués toutes les autres, qui sont d'ordinaire de leur ministère, et explique enfin que lorsqu'il ne se fera point d'expertise, ils auront droit au complément de remise proportionnelle réglé par le pa-

Digitized by Google

ragraphe 16 de l'art. 11, c'est-à-dire précisément à l'honoraire que la loi leur confère pour la rémunération du lotissement.

S'il était vrai que les avoués ne fussent point chargés de ce travail aussi bien lorsque la vente a lieu devant le notaire, que lorsqu'elle se suit complétement devant le tribunal, s'il était vrai que le soin leur en fût enlevé, au premier cas, pour être dévolu au notaire, comprendrait-on que la loi, dans ce cas, leur laissât cet honoraire, comme dans le second?

Evidemment il n'en peut être ainsi; car la loi, alors, n'aurait plus de sens. Non; si le notaire faisait le lotissement à l'exclusion des experts et des avoués, c'est lui que l'art. 14 abandonnerait cette remise complémentaire. Mais jamais il ne le fait; quel que soit le mode sous lequel l'adjudication s'accomplisse, cette opération n'est jamais commise qu'aux avoués ou aux experts, et la loi réserve conséquemment aux premiers seuls, sans distinction, le prix de ce travail, lorsqu'il n'y a pas d'expertise et qu'ils en sont restés réellement chargés.

21. Les prémisses de l'argumentation que nous réfutons, manquent donc également de base, soit en droit, soit en fait. La conclusion n'en saurait être dès-lors que vicieuse et absolument erronée.

Passer en taxe aux avoués plusieurs vacations à l'adjudication opérée en plusieurs lots devant un notaire, ce n'est point les payer d'un travail qu'ils ne font point, puisque ces vacations sont le salaire, non du lotissement lui-même, mais de leur assistance à l'adjudication, du temps qu'ils y emploient, de la surveillance et de l'étude de la composition des lots. Ce n'est pas davantage les payer d'un travail que fait le notaire, puisque jamais le notaire ne procède à la formation des lots. Bien loin de là; c'est les payer d'une peine qu'ils prennent eux-mêmes et d'un temps qu'ils dépensent utilement. Leur retrancher ces vacations, c'est les priver d'un salaire qu'ils ont bien légitimement gagné.

22. — Qu'on accepte le système de l'arrêt du 19 juillet, les dispositions de l'ordonnance de 1841 ne se coordonneront plus entre elles et tomberont dans l'absurde. Nous avons vu, en effet, que bien à tort, dans ce système, l'ordonnance allouerait aux avoués, au cas d'une vente devant le tribunal, deux fois le prix de leur travail, lorsqu'ils ont fait eux-mêmes le lotissement, en leur accordant cumulativement une remise proportionnelle et plusieurs vacations; une fois le prix du travail d'autrui, lorsqu'il y a eu expertise, en leur laissant encore les vacations à l'adjudi-

Digitized by Google

cation. Bien plus inconséquente dans l'hypothèse du renvoi devant notaire, elle leur refuserait, il est vrai, les vacations à l'adjudication, mais elle leur réserverait expressément le complément de remise proportionnelle réglé pour les ventes qui s'effectuent sans expertise. C'est-à-dire que le lotissement étant l'œuvre du notaire, on ne lui en paierait pas le prix, tandis qu'en retranchant aux avoués le plus modique des deux émoluments afférents à cette opération, la loi leur assurerait encore, fort gratuitement, le plus considérable, celui-là même que dans une pensée de meilleure administration de la justice, on serait peut-être fondé à critiquer comme exhorbitant.

Mais c'est là un ordre d'idées auquel nous n'avons pas à toucher Qu'on reproche à la loi de 1841 de n'avoir pas assez fait pour la diminution des frais, qu'on lui reproche d'avoir manqué son but, nous ne nous sommes pas proposé de répondre à ces griefs ; nous le concédrons même si on le veut. Cependant, jusqu'à ce qu'on réforme cette loi à son tour, il faut l'appliquer, et l'appliquer telle qu'elle est promulguée.

23. Ainsi de quelque côté qu'on envisage la question qui nous occupe, le droit des avoués apparaît tellement manifeste que nous ne comprenons pas qu'il ait pu être contesté. Des doutes s'élevèrent cependant à l'origine. Quelques tribunaux, trouvant que le législateur n'était pas entré assez largement dans la voie des économies, en voulurent ajouter de nouvelles à celles qu'il avait déjà réalisées et imaginèrent, entre autres choses, d'exonérer les parties, en cas de renvoi de la vente devant un notaire de ce modeste droit des vacations à l'adjudication, établi par les paragraphes 11 et 12 de l'article 11 de l'ordonnance. Si en effet la loi était mal faite, c'était là, il faut en convenir, un remède bien peu efficace et mieux valait assurément ne pas la corriger que la corriger ainsi.

Les avoués de Vendôme et de Rambouillet consultèrent le garde des sceaux rédacteur de l'ordonnance, et celui-ci répondit par une lettre du 8 janvier 1842, ainsi conçue : « Par « son mémoire en date du....., le président de la chambre des « avoués m'a consulté sur la question de savoir si, en cas de renvoi « d'une vente d'immeubles devant notaire, les avoués ont droit « à l'émolument alloué par l'article 11 de l'ordonnance du 10 oc- « tobre dernier *pour vacations à l'adjudication : l'affirmative ne « me paraît pas douteuse ; elle résulte de l'esprit et du texte des*

Digitized by Google

« *dispositions combinées des articles 11 et 14 de l'ordonnance.* »

24. Le ministre proclamait donc *qu'il n'y avait pas de doute*; que le droit des avoués avait sa source dans l'esprit et le texte de la loi. La question ne pouvait être plus nettement tranchée, et il semble assuré que la controverse, étouffée à sa naissance, n'aurait jamais occupé les tribunaux, si, par un retour inexplicable, la chancellerie ne fût venue lui fournir un nouvel aliment dans sa circulaire du 20 août 1842, en se déjugeant elle-même et en déclarant, cette fois, que les avoués n'avaient jamais droit à plus d'une vacation à l'adjudication, lorsqu'elle s'opérait devant un notaire. L'unique motif donné par la circulaire à l'appui de cette singulière décision, c'était que l'augmentation des vacations avait été admise en raison des soins exigés par le lotissement. Nous avons vu quelle est la valeur d'un tel motif et combien il s'écarte des principes de la matière.

Cependant, quelque erroné qu'il fût, un petit nombre de tribunaux s'en emparèrent pour tenter de faire passer dans la jurisprudence la modification qu'ils voulaient faire subir à l'ordonnance. Plus sévères, mais aussi plus logiques que le ministre, ils dénièrent aux avoués tout émolument pour leur assistance aux adjudications consommées devant un notaire.

Le succès de leur système ne fut pas de longue durée. La Cour de cassation les rappela une première fois à l'observation de la loi en annulant, sur le pourvoi de Me Masson, par arrêt du 14 janvier 1845, un jugement du tribunal de Rambouillet, quiavait retranché de sa taxe quatre vacations pour une adjudicationen quatre lots, sous prétexte qu'elle avait été renvoyée devant un notaire.

Malgré cet arrêt, quelques tribunaux s'obstinèrent encore dans leur résistance. Mais la Cour suprême les condamna de nouveau par deux arrêts du 11 février 1850, en cassant deux jugements rendus par les tribunaux de Mirecourt et des Andelys au préjudice de Mes Lebarbey de Beaumont et Poncet.

25. L'un de ces arrêts surtout, celui obtenu par Me Poncet, fixait les vrais principes de la manière la plus certaine. Il faisait justice, non pas seulement du système absolu qui allait jusqu'à refuser aux avoués tout droit de présence à l'adjudication, système déjà proscrit par l'arrêt Masson, mais aussi du système mixte de la circulaire ministérielle du 20 août 1848, qui accordait une seule vacation, quel que fut le nombre des lots adjugés. Le tribunal des Andelys, en effet, ayant à statuer sur la réclamation

Digitized by Google

« faite par Me Poncet de quatre vacations pour une adjudication en quatre lots, avait bien posé en principe, dans les motifs de sa sentence, qu'il n'était rien dû à l'avoué pour sa présence à l'adjudication, mais il avait pourtant laissé subsister dans la taxe une vacation à laquelle le juge taxateur avait réduit l'avoué. C'est ce qu'atteste l'arrêt de la Cour dans son point de fait, où nous lisons : « Au jour fixé, quatre lots seulement furent adjugés, et le juge taxateur n'alloua à Poncet, pour sa présence à l'adjudication, *qu'un seul droit de douze francs, au lieu de quatre droits par lui réclamés.* Poncet forma opposition à la taxe. Mais, par le jugement attaqué, le tribunal le débouta de son opposition, par le motif qu'il n'était point dû de *droits* à l'avoué pour sa présence l'adjudication, ni par conséquent de droit de transport. » C'est en cet état des faits que la Cour a cassé le jugement du tribunal des Andelys pour avoir violé les articles 11 et 14 de l'ordonnance du 10 décembre 1841, en refusant d'allouer à l'avoué *les vacations* à l'adjudication.

26. Un arrêt si précis et si topique, appuyé d'ailleurs sur une aussi saine doctrine, était assurément bien fait pour terminer le débat. Depuis qu'il avait été rendu, la chambre des requêtes de la Cour, qui déjà s'était associée à la jurisprudence de la chambre civile, en admettant les pourvois de Mes Masson, Lebarbey de Beaumont et Poncet, avait persisté dans cette même jurisprudence par l'admission encore récente des pourvois de Me Hamelin, contre un jugement du tribunal de Tonnerre, et Hélie, contre un jugement de celui de Domfront.

Ainsi les deux chambres de la Cour étaient d'accord. Parmi les auteurs, aucun n'avait dirigé la moindre attaque contre leurs décisions; M. Chauveau, au contraire, l'un des plus éminents commentateurs de nos lois sur la procédure, avait pleinement approuvé la solution adoptée par elles. Enfin, elle était conforme à la pratique constante du tribunal de la Seine et de tous les tribunaux les plus importants. C'est à peine si la lutte se prolongeait encore dans quelques ressorts de second ordre.

27. C'est à ce moment où la controverse semblait près de s'éteindre, que l'arrêt du 19 juillet est venu rompre avec tous les précédents de la Cour, et raviver une discussion qui n'aurait jamais dû se produire. En rejetant le pourvoi formé par Me Chappuy contre un jugement du tribunal de Toul qui ne lui avait alloué qu'une seule vacation pour avoir assisté à une adjudica-

Digitized by Google

tion en six lots, la chambre des requêtes s'est mise en opposition formelle et directe avec la jurisprudence de la chambre civile fixée par les arrêts du 11 février 1850 et elle s'est déjugée elle-même. Rien cependant dans le jugement attaqué n'appelait un supplément d'instruction, et rien dans l'arrêt que nous critiquons ne justifie le changement inattendu de la chambre des requêtes : en effet, dans le jugement comme dans l'arrêt, nous ne trouvons d'autres motifs que cette idée d'économie exagérée et cette vieille erreur relative au salaire du lotissement, que nous avons essayé de combattre dans cet article, et que les précédents arrêts avaient mises à néant. En eut-il été autrement, à supposer même que de nouvelles lumières se fussent produites dans le débat et eussent invité la Cour suprême à une révision de ses doctrines, nos lecteurs penseront peut-être qu'il n'appartenait qu'à la chambre civile de renverser la jurisprudence établie pour lui substituer une jurisprudence contraire, et que l'arrêt de la chambre des requêtes qui la réformait de sa seule autorité, ne pouvait que répandre la confusion et le désordre dans la pratique des tribunaux.

28. Heureusement, la chambre civile a bientôt porté remède au mal qui pouvait résulter de l'arrêt du 19 juillet. Notre travail était presque achevé, lorsque nous avons appris qu'elle allait être appelée à se prononcer de nouveau sur la question, à l'occasion du pourvoi de Me Hamelin, admis par la chambre des requêtes peu de temps avant que celui de Me Chappuy fût rejeté, et nous avons aujourd'hui la satisfaction de voir que les doctrines que nous défendions contre l'arrêt du 19 juillet, ont prévalu contre lui. Par son arrêt du 30 août, rendu après un nouvel examen approfondi et une discussion de plusieurs heures, la chambre civile a maintenu sa précédente jurisprudence et consacré le droit des avoués en cassant encore la sentence du tribunal de Tonnerre qui, comme celui de Toul, avait prétendu réduire arbitrairement ce droit.

Ainsi se trouvent justifiées nos critiques, qui empruntaient déjà une force bien suffisante de l'arrêt Poncet. Ainsi nous sommes fondés à conclure avec confiance que le débat est terminé par ce nouvel arrêt du 30 août et que celui du 19 juillet n'aura pas assez d'autorité pour remettre en question les principes qu'il avait si singulièrement méconnus.

Fl. MIMEREL,

Avocat au conseil d'Etat et à la cour de cassation.

Digitized by Google

OFFICES. — PRIVILÉGE. — DESTITUTION. — INDEMNITÉ.

Une question s'est souvent présentée dans ces derniers temps, grave par les principes de droit qu'elle met en présence et par les intérêts pécuniaires qu'elle met en jeu, importante à la fois à un point de vue d'ordre public et au point de vue de la propriété privée, décisive enfin pour déterminer la nature du droit des officiers ministériels sur leurs charges : c'est la question de savoir *si, dans le cas de destitution d'un officier ministériel, son vendeur, non payé, a privilége sur l'indemnité imposée par le gouvernement au nouveau titulaire.*

Cette question, qui d'abord avait été résolue affirmativement par les Cours d'appel et par la généralité des auteurs, a éprouvé depuis des fortunes diverses ; et enfin, dans ces derniers temps, la négative a été décidée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation, qui semble devoir faire jurisprudence [1]. C'est sur la légitimité de cette solution, émanée de la Cour suprême et soutenue par un éminent jurisconsulte dans deux numéros de la *Revue critique*, que nous voudrions présenter quelques observations qui paraissent résulter de la nature même des choses.

Un officier ministériel cède sa charge à un successeur ; il est payé immédiatement d'une partie du prix; pour l'autre partie, qui est ordinairement la plus considérable, il devient créancier, et sa créance est privilégiée sur cette charge qu'il a transmise. Son cessionnaire est destitué pour des faits d'incapacité ou d'improbité ; un nouveau titulaire est nommé directement, sans présentation, par le gouvernement, qui lui impose une indemnité en faveur de qui de droit. Cette indemnité doit-elle être partagée au marc le franc entre tous les créanciers sans distinction, ou, au contraire, doit-elle être attribuée d'abord et par préférence au

[1] Voir, pour l'affirmative, les arrêts de : Paris, 11 décembre 1834 ; Lyon, 1er mars 1838 ; Bordeaux, 2 décembre 1842 ; Paris, 3 juin 1845 ; Orléans, 31 janvier 1846 ; Paris, 9 janvier 1851 ; Rennes, 28 juillet 1851 ; et la dissertation de M. Duvergier, droit des 31 mars et 2 avril 1853.

Voir, pour la négative, les arrêts de ; Rouen, 29 décembre 1847 ; Paris, 3 février et 9 mars 1852 ; Nimes, 17 février 1852 ; Orléans, 2 juillet 1852 ; les arrêts de la cour suprême des 7 juillet 1847, 13 février 1849, 26 mars 1849, 23 avril 1849, 23 mars 1853 ; et les articles de M. Pont dans la *Revue critique*, tome I, p. 385 ; tome II, p. 406.

Digitized by Google

premier titulaire pour la partie du prix dont il est créancier privilégié? Cette dernière solution, admise par la jurisprudence dans le cas de simple revente, est repoussée par elle dans le cas de destitution; dans ce cas pourtant, comme dans l'autre, il semble possible de la justifier par l'analyse successive 1° de la propriété en matière d'offices; 2° du privilége des vendeurs d'office; 3° des effets de la destitution; 4° et du caractère de l'indemnité; 5° enfin par des considérations d'équité et de morale.

§ I. — *De la propriété en matière d'offices.* — Si l'on examine *à priori* les éléments qui composent un office ministériel, on y trouve deux choses: une fonction publique, une propriété privée.

Il y a dans l'office ministériel une fonction publique, cela est évident. L'officier ministériel reçoit qualité pour faire certains actes à l'exclusion de toute autre personne, soit pour représenter les citoyens dans leurs procès, soit pour constater leurs conventions civiles ou leurs transactions commerciales. Sous ce rapport, il est mandataire de l'autorité publique, dépositaire de certains attributs de la souveraineté.

Il y a de plus dans l'office ministériel une propriété privée. A cette fonction qu'il a reçue du gouvernement, l'officier applique son travail et son temps, son intelligence et son activité; il est *producteur* en même temps qu'officier public [1]; au titre nu, il attache une clientèle qui est le produit de ses relations personnelles, de sa capacité et de sa probité; après un certain temps d'exercice, il a un répertoire où se trouve le témoignage de tous les actes qu'il a reçus et de toutes les opérations qu'il a faites, et ce répertoire a du prix à raison de son utilité; il a des recouvrements à opérer pour toutes les affaires qui ne lui ont pas été payées, et ces recouvrements peuvent s'élever à des sommes considérables; s'il est notaire ou greffier, il a des minutes qui, en elles-mêmes, sont sans doute des papiers publics purement déposés entre ses mains, mais qui, par les grosses et les expéditions qu'il en délivre, ont pour lui une grande valeur vénale. Toutes ces choses, la clientèle, le répertoire, les recouvrements, le produit des minutes, sont le fruit du travail de l'officier ministériel; elles forment un ensemble qu'on peut appeler la *finance* de l'office ou la *charge*, et qui est pour lui une véritable propriété.

[1] Rossi, *Cours d'économie politique*, I, p. 290 etc. — « L'office ministériel est entre les mains du titulaire un champ qu'il cultive et qu'il fertilise journellement » disait-on à l'assemblée (*Moniteur* du 22 décembre 1790).

Digitized by Google

Ces deux éléments, que constate l'analyse économique, ont de tout temps été reconnus par les lois ; les textes les plus anciens admettent la propriété en matière d'offices. D'après une ordonnance du 9 janvier 1407[1], les répertoires des notaires et le produit de leurs minutes sont pour eux une propriété privée, qui suit les règles du droit commun ; quand ils meurent en fonctions, leurs héritiers peuvent en disposer ou s'en faire attribuer la valeur. « Les offices de greffiers, notaires, etc., dit Loyseau, sont appelés domaniaux, parce qu'ils sont offices en la forme et domaine en la matière, offices à l'égard de leur fonction publique, domaine à l'égard de leur revenu et propriété[2]. » Et ailleurs : « L'officier est propriétaire et seigneur de son office dès lors qu'il lui est conféré[3]. » Dans le préambule de l'édit de 1771, on lit que « la finance ne doit en aucun cas être confondue avec le corps de l'office[4]. »

Cette distinction entre le titre et la finance de l'office, ce droit de propriété des officiers ministériels furent consacrés même dans les lois intermédiaires qui abolirent la vénalité des charges. La loi du 22 décembre 1790 porte que « le remboursement des offices ministériels existant près des anciens tribunaux du royaume sera réglé sur le pied de leur valeur marchande[5]. » Des lois postérieures reconnaissent formellement aux notaires royaux, dont les titres sont supprimés, ou à leurs héritiers à leur défaut, le droit de céder aux notaires publics leurs minutes et de faire sur leurs recouvrements telles conventions que bon leur semble[6]. Il y a plus : l'usage des résignations *in favorem* se rétablit par la force même des choses. Les acquéreurs de la clientèle étaient présentés, et ils obtenaient leur nomination s'ils remplissaient les conditions requises.

[1] Recueil de M. Isambert, t. VII, p. 167. — Voir aussi l'ordonnance de juillet 1304, art. 23 (*ibid.* t. II, p. 818) et les lettres royales du 10 octobre 1370 (*ibid.*, t. V, p. 347).

[2] Loyseau, *Traité des offices*, livre II, chapitre III, n° 1.

[3] Ibid., livre II, chapitre I, n° 28 et 8.

[4] Recueil de M. Isambert, t. XXII, p. 615.

[5] « Les propriétés sont un droit inviolable et sacré. Or, vous toucheriez à cette propriété si l'indemnité due aux officiers ministériels n'avait pas pour objet un remboursement légitime, et il serait imparfait s'il était borné à la seule évaluation du titre de la finance, parce que ces offices comprennent, avec le titre, la pratique ou clientèle, etc. » — *Moniteur* du 22 déc. 1790.

[6] Loi des 20 sept., 6 oct. 1791, t. III, art. 5, 8, 13, 14. — Loi du 25 ventôse an XI, art. 54, 55, 56, 59. — Décrets des 25 et 30 mars 1808.

Digitized by Google

Ainsi, dans le droit ancien et dans le droit intermédiaire, les officiers ministériels étaient considérés comme propriétaires de la finance de leurs offices. En serait-il autrement depuis que la loi du 28 avril 1816, art. 91, leur a conféré le droit de présentation[1]? Dira-t-on que dans ce droit nouveau sont venus se confondre et s'absorber tous les droits anciens des officiers ministériels sur leurs charges, de telle sorte que, si dans un cas spécial cette faculté de présenter un successeur leur est enlevée, ils perdent par là même leur propriété sur cette partie vénale de l'office qu'ils ont achetée de leurs deniers et améliorée par leur travail? Ou, au contraire, cette loi a-t-elle voulu consacrer l'usage des résignations *in favorem*, conserver et augmenter encore les droits des officiers ministériels, et donner aux offices une valeur plus grande en assurant aux titulaires, outre leur droit de propriété sur la finance, une influence décisive sur la nomination de leur successeur à la fonction?

Cette seconde interprétation est seule exacte. Ce qui le prouve, c'est que le droit de présentation a été considéré comme un privilége nouveau, et en compensation d'un supplément de cautionnement que les nécessités financières forçaient l'État d'imposer aux officiers ministériels. Ce qui le prouve encore, c'est le droit reconnu aux officiers ministériels, en même temps qu'ils présentent un successeur, de se réserver leurs recouvrements[2]. Ce qui le prouve enfin, c'est l'analyse exacte du droit de présentation.

Qu'est-ce que le droit de présentation? C'est le concours du titulaire actuel dans la transmission du titre, dans l'attribution de la fonction à un titulaire nouveau; c'est « un privilége qui peut déterminer le choix du gouvernement, et non le contraindre[3]; c'est le droit, pour le titulaire d'un office, de désigner à l'agrément du chef de l'État un successeur qui sera nommé s'il remplit les conditions voulues par la loi.

De plus, comme la vente d'une chose, faite sans restriction,

[1] Art. 91 de la loi du 28 avril 1816 : « Les avocats à la cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, agents de change, pourront présenter à l'agrément de sa Majesté des successeurs, pourvu qu'ils remplissent les conditions exigées par les lois. Cette faculté n'aura pas lieu pour les titulaires destitués. — Il sera statué par une loi particulière sur l'exécution de cette disposition et sur les moyens d'en faire jouir les héritiers ou ayant-cause desdits officiers. »

[2] Circulaire du 21 septembre 1848; arrêt de Paris du 8 juin 1850.

[3] Préambule de l'ordonnance de février 1770.

Digitized by Google

comprend toutes les parties et tous les accessoires de cette chose (art. 1303, 1615, C. N.), l'officier ministériel, en cédant son titre à un successeur par l'exercice du droit de présentation, est censé par là même lui vendre sa clientèle, ses répertoires, ses recouvrements, si toutefois il ne s'est pas réservé ces recouvrements ; de telle sorte qu'en pratique, la présentation d'un successeur est d'ordinaire le seul usage qu'il fait de son droit de propriété.

Ainsi, le droit de présentation n'est proprement que la participation du titulaire à l'investissement du titre ; c'est de plus, indirectement et par voie de conséquence, la vente de la charge elle-même. En tout cas, ce droit est autre chose que la propriété de l'office, c'est un des effets de cette propriété ; c'est, en un mot, non pas la chose transmise, mais le mode ordinaire de la transmission. De là résulte cette conséquence nécessaire, que la perte du droit de présentation ne peut être considérée comme la perte de la propriété elle-même, et que si dans tel cas particulier, un officier ministériel est privé du droit de présenter son successeur, il n'en reste pas moins propriétaire de la charge, comme il l'eût été quand le droit de présentation n'existait pas encore.

L'objet de la propriéte, l'objet de la transmission n'est donc pas le droit de présentation, c'est, aux termes mêmes de la loi, « la clientèle, les minutes, les répertoires, les recouvrements, en un mot, tous les objets dépendant de l'office[1] ! » Cette partie vénale de l'office est dans le commerce, à la différence du titre, qui est une delégation de la souveraineté ; elle est vendue, à prix d'argent, par le prédécesseur, tandis que le titre est conféré gratuitement par l'État. Elle est tellement susceptible de propriété privée qu'à la mort du titulaire, elle fait partie de la succession ; qu'elle tombe dans l'indivision entre ses héritiers ; que, si l'officier ministériel se marie en communauté, elle tombe dans la masse commune ; qu'elle peut être cédée à la femme en paiement de ses droits ; que les recouvrements peuvent être réservés par l'officier ministériel qui exerce son droit de présentation : ces points divers sont admis par la jurisprudence, et par là se trouvent consacrés à la fois la distinction du titre et de la finance, le droit de propriété privée sur la finance des offices, et la distinction entre le droit de propriété et le droit de présentation qui en est une des conséquences.

[1] Loi du 25 juin 1841, art. 6.

Digitized by Google

§ II. — *Des priviléges en matière d'offices.* — La finance des offices étant une propriété privée, peut être affectée de priviléges. Ce point était déjà admis dans l'ancien droit, et Loyseau reconnaissait diverses sortes de priviléges sur les offices, le privilége du vendeur, le privilége de celui qui a prêté ses deniers pour l'achat de l'office, le privilége du fisc, et les priviléges fondés sur des faits de charge[1].

Parmi ces priviléges, nul n'est plus juste que celui du vendeur. Le vendeur a été propriétaire de l'office, et il ne s'est dessaisi que pour en recevoir le prix ; il a mis la chose entre les mains du débiteur commun, et ainsi il a fait l'affaire de tous les créanciers. Son privilége est pour lui un droit retenu plutôt qu'un droit acquis ; c'est un droit spécial par lui déduit, comme garantie de son paiement, de la totalité des droits réels qu'il aliénait en faveur de son successeur ; c'est une main-mise sur l'office, qui limite la propriété du titulaire actuel au profit du titulaire ancien ; c'est la continuation d'une propriété préexistante ; c'est enfin, pour ainsi parler, la propriété même, mais la propriété transformée, et transportée, par une sorte de subrogation réelle, de la chose sur le prix.

Sur quel objet repose ce privilége ? Non pas sur le titre, qui n'est pas dans le commerce ; non pas sur le droit de présentation, puisque les priviléges en matière d'offices existaient quand le droit de présentation n'existait pas, et que d'ailleurs les priviléges ne peuvent avoir pour base que les droits eux-mêmes, comme la propriété, l'usufruit, et non les modes de transmission des droits, comme la donation, l'échange, la présentation à un office. Le privilége repose donc uniquement sur la charge, considérée abstractivement et du titre et du droit de présentation[2].

Ce privilége, pour constituer une sûreté réelle entre les mains du vendeur non payé, doit être indépendant des faits postérieurs de son successeur ; ce serait une garantie illusoire, que celle qui pourrait être brisée par le fait même du débiteur contre lequel elle a été prise ; ce serait une disposition inique que celle qui, pour

[1] Loyseau, *Traité des offices*, livre III, chapitre VIII, nos 16 et s.

[2] Ceci suffirait à prouver que le droit des officiers ministériels sur leurs charges est un droit de propriété, et non, comme on le veut encore, un simple privilége ; car privilége sur privilége ne vaut.

Digitized by Google

frapper un officier coupable, dépouillerait de ses droits son prédécesseur innocent.

Pourquoi donc, admettant ce privilége dans le cas d'une revente volontaire faite par le second titulaire, refuse-t-on de l'admettre dans le cas de sa destitution?

On en donne plusieurs raisons, tirées de la nature même du privilége; la première, que les priviléges, étant de droit étroit, ne peuvent être étendus d'un cas à un autre[1]; la deuxième, qu'ils s'éteignent par la perte de la chose, et que la destitution détruit la chose[2]; la troisième, que le privilége ne peut, aux termes de la loi, s'exercer que sur un prix de vente; la dernière, que le privilége du vendeur ne survit pas à la dépossession de l'acheteur. Voyons successivement ces divers points.

Et d'abord, en quel sens est-il vrai de dire que les priviléges sont de droit étroit? Uniquement en ce sens, qu'il n'est pas permis de créer des priviléges nouveaux, d'ajouter de nouvelles causes de préférence aux causes limitativement énumérées par la loi; mais quand la loi a attaché un privilége à une cause de créance, par exemple à la situation de vendeur, c'est le droit et le devoir de l'interprétation d'appliquer ce privilége aux divers cas qui peuvent se présenter. Ce sont les causes, et non les objets des priviléges qui ne doivent pas être étendues.

Pour la deuxième objection, que les priviléges s'éteignent par la perte de la chose, et que la destitution détruit la chose, nous verrons plus loin en examinant le caractère de la destitution, qu'elle frappe la personne sans aucunement affecter la chose, et que la charge subsiste intégralement.

Les deux autres objections exigent plus de détail.

On dit, en troisième lieu, que le privilége ne peut s'exercer que sur un prix de vente, d'après l'article 2102, 4° du Code Napoléon; que, dans le cas de destitution, tous les éléments essentiels de la vente font défaut, la chose, le prix, le consentement[3].

D'abord, il serait facile de prouver que, dans le cas de destitution comme dans le cas de vente, se trouvent tous ces éléments essentiels; *res*, puisque la chose n'est aucunement détruite, comme nous le verrons plus loin; *pretium*, puisque l'indemnité mise par l'Etat à la charge du titulaire nouveau, est l'exacte re-

[1] Paris, 3 février 1852.

[2] M. Pont, *Revue critique*, I, 387.

[3] *Ibid.* M. Pont, t. II, p. 406 et les arrêts cités à la note suivante.

Digitized by Google

présentation du prix qu'il lui aurait imposé sur la proposition du titulaire précédent; *consensus*, puisqu'on admet bien les priviléges de vendeurs après des ventes forcées, soit sur saisie des créan- soit après expropriation pour utilité publique.

Mais cela est peu important. Il n'est pas exact de dire que le privilége ne peut s'exercer que sur un prix de vente. Il est bien vrai qu'il ne peut naître que d'une vente, qu'il ne peut appartenir qu'à un vendeur ; mais, une fois qu'il est constitué, peu importe la manière dont l'acheteur transmettra à son tour la chose à un tiers; le premier mode de transmission est seul à considérer, le second est indifférent. Que deviendraient les priviléges des vendeurs s'il suffisait aux acheteurs, pour les détruire, d'aliéner la chose non par vente, mais par échange, donation ou testament? La loi, dans l'article 2102, 4°, déclare privilégié le prix d'effets mobiliers non payés, c'est-à-dire la créance du vendeur ; mais nulle part elle ne dit que ce privilége ne peut s'exercer que sur un prix de vente. La justice, la loi proclament donc que le privilége subsiste, quelque soit le second mode de transmission.

On dit en dernier lieu, en invoquant le texte même de l'article 2102, 4°, que le privilége du vendeur n'existe que tant que l'acheteur est en possession ; que la destitution, par cela même qu'elle dépossède l'acheteur, détruit le privilége du vendeur [1]!

A cette objection l'on peut faire plusieurs réponses. Et d'abord, n'y a-t-il pas contre l'application de ces mots « s'ils sont encore en la possession du débiteur » de l'art. 2102, 4°, une triple fin de non-recevoir? En effet, cette condition n'est que la conséquence du principe qu'en fait de meubles possession vaut titre; et par conséquent ces termes de l'art. 2102, 4°, comme la règle de l'art. 2279, Code Nap., se réfèrent simplement aux meubles corporels et industriels, et nullement à cette propriété, pour ainsi dire collective et intellectuelle d'un office. — Comment, en second lieu, cette condition de possession pourrait-elle être applicable aux offices ministériels, puisque, ces offices étant insaisissables, le vendeur ne peut faire saisie de son gage pendant la possession de son débiteur, et qu'il serait déchu de son droit dès que celui-ci serait dépossédé : de telle sorte qu'un pareil privilége, ne produisant ni droit de saisie, ni droit de préférence, ne serait plus qu'un vain nom, un mot sans effet juridique? — Et

[1] Arrêts de cassation des 7 juillets 1847, 26 mars 1849 et 23 avril 1849.

Digitized by Google

enfin, est-ce que dans le cas de revente, l'acheteur n'est pas dépossédé de la charge ? et cependant la jurisprudence n'hésite pas à admettre dans ce cas le privilége du vendeur.

Il y a d'ailleurs une réponse directe et décisive. L'art. 2102, 4°, et ces termes « tant qu'ils sont en la possession du débiteur » sont une application de l'art. 2279 ; si donc la loi déclare éteint le privilége du vendeur après la dépossession du cessionnaire, c'est uniquement parce qu'elle suppose, en fait, la possession d'un nouvel acheteur, et que cette possession d'un meuble doit pour lui équivaloir à la propriété : mais dans le cas de destitution, un nouvel acheteur a-t-il acquis des droits devant lesquels doive s'incliner le privilége? une possession nouvelle a-t-elle commencé pour un tiers? en aucune manière: il n'y a ni nouvel acheteur, ni nouvelle possession; ni, par conséquent, aucun motif pour déclarer le privilége éteint.

Ainsi, et sans s'arrêter à ces diverses objections, il faut reconnaître que le vendeur d'un office est privilégié pour sûreté de ce paiement; que ce privilége repose, non sur le titre, ni sur le droit de présentation, mais sur la charge; qu'il est indépendant des faits postérieurs de l'acheteur, et que, par conséquent, il ne peut être détruit ni par le mode de transmission de l'acheteur à un tiers, ni par la dépossession de l'acheteur.

§ III. — *De la destitution.* — Examinons maintenant le caractère de la destitution, et voyons si réellement elle a pour effet de briser la propriété la plus sacrée et le privilége le plus légitime.

Qu'est-ce qu'une destitution? C'est le retrait d'une fonction publique à un fonctionnaire indigne. Quelle en est la cause? C'est le manquement du fonctionnaire aux devoirs de sa charge. Quel en est le but? C'est la satisfaction de l'intérêt public mis en danger par la mauvaise administration de ce fonctionnaire; c'est la meilleure gestion de la charge; c'est aussi la punition d'un agent coupable. Mais l'officier ministériel n'est pas un fonctionnaire ordinaire; il est à la fois fonctionnaire, pour le titre, et propriétaire de sa charge ; la destitution doit donc produire des effets complexes, à ce double point de vue, afin de sauvegarder l'intérêt public, qui, étant le but de la destitution, doit être la mesure de ses effets. Quels sont donc les effets de la destitution d'un officier ministériel?

1° La destitution a pour effet le plus nécessaire la déchéance de la fonction; c'est proprement en cela qu'elle consiste.

Digitized by Google

2° La destitution a pour effet la perte du droit de présentation; le fonctionnaire destitué n'est pas digne de présenter son successeur, car son choix n'offrirait pas à l'intérêt public de suffisantes garanties; aussi, la loi lui a-t-elle expressément retiré ce droit. (Loi du 28 avril 1816, art. 91.)

3° La destitution a enfin pour effet l'expropriation de la charge, pour cause d'utilité publique, et moyennant indemnité; en effet, l'intérêt social exige que la finance même de l'office rentre dans les mains de l'État, et que l'officier destitué n'ait pas le droit de la transmettre lui-même à des confrères par des transactions dangereuses [1].

Tels sont les effets contenus dans la destitution et exigés par l'intérêt général : déchéance du titre, perte du droit de présentation, conversion de la propriété de la charge en une créance d'indemnité.

Faut-il aller plus loin, et dire que, par la destitution, l'officier ministériel perd tous ses droits sans restriction; que tous ses intérêts pécuniaires, réunis dans le droit de présentation, périssent avec lui; que l'office entier, la charge aussi bien que le titre, remonte, sans indemnité, entre les mains du gouvernement [2]?

Nous savons d'abord que le droit de présentation créé par la loi de 1816 diffère du droit de propriété sur la charge, qui existait avant cette loi et qui existe encore; ce n'est donc pas de la déchéance du droit de présentation qu'on peut faire résulter l'extinction, sans récompense, du droit de propriété.

Est-il plus vrai de dire que, par la destitution, tous les droits de l'officier destitué s'évanouissent, pour remonter, sans indemnité, au gouvernement? Cela paraît difficile à admettre. Et d'abord, nous sommes en une matière exceptionnelle; *odia sunt restringenda*; il ne doit y avoir ici aucune latitude d'interprétation, mais seulement l'exacte application des principes de la matière et des textes de la loi. Quel texte de loi, quel principe

[1] Loyseau n'allait même pas si loin; il permettait à l'officier destitué de revendre lui-même sa charge : « Supposez qu'un homme soit privé de la puissance publique, ou qualité d'officier (pour ce qu'il importe au public que l'office ne soit exercé par celui qui a été trouvé en faute), il n'est pourtant pas privé de la seigneurie et de ce qui est patrimonial en l'office, en sorte qu'il le perde tout à fait et ne lui soit permis, comme il l'a acheté, aussi de le revendre; etc. » — *Traité des offices*, livre I, chap. 13, n° 32. — Et pourtant la confiscation était alors admise.

[2] Arrêts de cassation des 26 mars 1849, 23 avril 1849, 23 mars 1853.

Digitized by Google

peut-on invoquer pour justifier une si exorbitante extension de pénalité? Les textes de loi manquent absolument; quel principe fera-t-on intervenir? l'intérêt public? mais en quoi la société est-elle intéressée à ce que l'officier perde le prix de sa charge? la nécessité de punir un coupable? mais les coupables ne peuvent être punis qu'en vertu d'une loi, et ici il n'y a pas de loi qui punisse; ils ne peuvent être frappés que d'une peine prononcée par la loi, et ici l'on applique une peine non-seulement étrangère à nos Codes, mais encore flétrie et proscrite par nos constitutions.

Il ne faut pas s'y tromper, en effet : refuser à l'officier destitué le prix de sa charge, c'est ressusciter la confiscation abolie par nos chartes; c'est exhumer sans motif une peine odieuse, dont la charte de 1814 disait qu'elle ne pouvait jamais être rétablie; c'est violer l'article 545 du Code Napoléon, qui porte que nul ne peut perdre sa propriété que pour utilité publique et moyennant indemnité; c'est faire reprendre par le gouvernement ce qui ne lui appartient pas, ce qui ne vient pas de lui, la finance de l'office, acheté à prix d'argent du précédent titulaire.

Ceci pourrait suffire, et l'obligation d'indemnité devrait être reconnue même à l'égard de l'officier destitué, car il n'y a pas de plus saine application des principes de droit et de justice que celle qui s'adresse aux injustes et aux violateurs du droit; mais il y a plus, et la peine, illégale d'une manière absolue, est de plus inique en ce qu'elle retombe sur un innocent; elle brise, avec la propriété de l'officier destitué, le privilége de son vendeur; et cette peine, presque indifférente au coupable qui n'a pas payé le prix de sa charge, va ainsi peser de tout son poids sur le prédécesseur qui est sans reproche.

Dira-t-on que la destitution est un fait de force majeure, imputable à l'officier destitué, et que ce fait de force majeure anéantit l'office, tous les éléments qui le composent, tous les droits qui s'y rattachent?

Cette proposition ne semble pas exacte. Quelle similitude y a-t-il entre la destitution, qui a pour but de remplacer un fonctionnaire coupable, et un cas de force majeure, comme un incendie, qui a pour effet de détruire la charge? Après l'incendie, il n'y a plus rien; la force majeure, *vis divina*, a tout anéanti. Après la destitution, qu'y a-t-il de changé dans la charge? les minutes, les grosses, les répertoires sont-ils consumés? les recouvrements

Digitized by Google

perdus? la clientèle anéantie? Rien de tout cela, mais simplement la substitution d'un honnête homme à un coupable. Ainsi, quand la force majeure détruit la chose sans atteindre la personne, la destitution frappe la personne sans aucunement affecter la chose; il ne faut donc pas les comparer.

Dira-t-on qu'il s'agit, non d'une destruction matérielle, mais d'une extinction légale; que la charge, qui subsiste en réalité, a péri fictivement, et n'existe plus aux yeux de la loi? Mais cela est si peu exact, que la chancellerie fait évaluer la charge par les chambres de discipline, par les tribunaux, par le ministère public; que c'est sur la valeur actuelle de la charge qu'est fixée l'indemnité, et que le trésor perçoit le même droit de mutation en cas de destitution qu'en cas de vente! La charge existe donc, encore, aux yeux de la loi comme dans la réalité des faits.

Comment enfin la destitution pourrait-elle briser les priviléges qui pèsent sur la charge, quand certains de ces priviléges prennent leur source dans les faits mêmes qui sont la cause de la destitution? Les délits de l'officier ministériel produisaient dans l'ancien droit, et aucun texte ne déroge dans le nouveau, au profit des personnes contre lesquelles ils étaient commis, des priviléges appelés priviléges pour faits de charge : et l'on voudrait que la destitution de l'officier ministériel, qui est l'expiation de sa faute, anéantit ces priviléges, qui sont la garantie de la réparation!

Il faut donc reconnaître que la charge existe encore après la destitution, qu'elle est seulement enlevée à des mains infidèles; qu'il y a là une expropriation fondée sur l'intérêt moral de la société, comme tous les jours d'autres expropriations sont fondées sur son intérêt matériel; que les priviléges sur la charge ne sont pas détruits, mais qu'ils sont transportés, par subrogation réelle, sur le prix qui sera imposé au titulaire nommé directement, de même que dans le cas d'expropriation d'une maison, les priviléges qui la frappaient sont transférés sur l'indemnité; qu'en un mot l'officier destitué, et ses créanciers privilégiés sur la charge, ont le droit d'attendre du nouveau titulaire le prix de leur chose, qui lui est transmise. Nier cette solution, ce serait dépasser la mesure de l'intérêt public, excéder les bornes de l'interprétation permise en matière exceptionnelle, appliquer sans texte et sans motif une peine abolie, frapper des innocents autant que le coupable.

Digitized by Google

§ IV. — *De l'indemnité.* — Nous venons de voir qu'une indemnité doit être imposée au nouveau titulaire. puisqu'il reçoit outre le titre qui lui est conféré par l'État, la charge qui appartient au titulaire précédent, la clientèle, les minutes, les répertoires, les créances non recouvrées, soit pour avances faites aux clients, soit pour honoraires par eux dûs. Et en effet il en est ainsi; toujours une indemnité est imposée par l'État au titulaire nouveau. Dans le cas de destitution, comme dans le cas de vente, une enquête est ouverte pour déterminer la valeur de la charge; la chambre de discipline fait son évaluation ; les tribunaux sont consultés; avis est demandé au ministère public; et c'est après s'être ainsi entourée des renseignements les plus précis et s'être éclairée de ces opinions contradictoires, que la Chancellerie fixe une indemnité, exactement proportionnée à la valeur de la charge et qui doit être distribuée, selon les termes mêmes de l'ordonnance de nomination, *à qui de droit, à qui il appartiendra.* Cette indemnité a été frappée par la loi du 25 juin 1841 d'un droit de mutation de 2 pour 100.

Il semble résulter de là que cette indemnité, qui est la représentation exacte de la chose expropriée, est frappée des mêmes priviléges dont cette chose était frappée.

Mais on nie cette conséquence, et l'on dit que la fixation de l'indemnité est facultative, mais non obligatoire pour le gouvernement; que l'indemnité fixée en cas de destitutions diffère essentiellement du prix fixé en cas de vente; que l'indemnité n'est qu'un dédommagement équitable laissé à l'autorité discrétionnaire de la Chancellerie, et qui doit être distribué selon l'équité naturelle.

Il faut examiner en détail ces diverses objections.

On dit en premier lieu que la fixation d'une indemnité n'est pas l'exécution d'un commandement de la loi, mais l'usage d'un droit facultatif inscrit dans l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 et constaté par la loi du 25 juin 1841 [1].

Qu'importe d'abord dans la question qui nous occupe, que l'indemnité soit obligatoire ou non? Cette question suppose, en fait ce qui a toujours lieu, c'est-à-dire qu'une indemnité a été imposée, et elle consiste simplement à savoir si cette indemnité sera de préférence attribuée au vendeur, ou distribuée au marc-le-franc.

[1] Arrêt de cassation du 7 juillet 1847.

Digitized by Google

Il est donc ici complétement inutile de revendiquer pour l'État le droit de ne pas imposer cette indemnité.

Et d'ailleurs, s'il est vrai qu'aucun texte de loi n'impose au gouvernement l'obligation de fixer une indemnité en faveur de l'officier destitué ou de ses ayant-cause, il est vrai aussi qu'aucun texte de loi ne défend à l'officier destitué de vendre ses recouvrements et sa clientèle. Mais de même que l'intérêt social, dans le silence de la loi, exige et prononce la complète expropriation de l'officier destitué, de même aussi, et dans un même silence de la loi, le principe sacré de la propriété exige qu'une indemnité soit imposée au titulaire nouveau. Si l'absence de textes pouvait être invoquée contre l'obligation d'indemnité, elle devrait l'être d'abord contre l'expropriation de l'officier ministérielle, repoussée dans l'ancien droit par Loysau. De plus, le droit commun n'a pas besoin de textes spéciaux et il est de droit commun que nul ne perde sa chose sans indemnité. C'est au contraire l'exception, c'est-à-dire la perte d'une chose sans indemnité, qui a besoin de reposer sur une disposition formelle de la loi; or aucune loi ne justifie cette exception exorbitante aux principes de la propriété. L'argument tiré du silence des lois se retourne donc dans notre sens et pourrait être regardé comme concluant en faveur de l'indemnité obligatoire.

L'indemnité est donc de droit; c'est en outre un fait constant et sans exception. Il n'y a pas d'exemple qu'après destitution d'un officier ministériel, son successeur ait été nommé sans indemnité, et ait ainsi reçu de l'État, gratuitement, la propriété du précédent titulaire. Enfin la loi du 25 juin 1841, en frappant l'indemnité d'un droit de mutation, a consacré définitivement un usage fondé sur les principes du droit et constaté par une pratique constante.

On dit, en second lieu, qu'il existe des différences essentielles entre l'indemnité et le prix de vente; que le prix stipulé par le vendeur représente la chose qu'il transmet, tandis que l'indemnité est arbitrairement fixée par la chancellerie sans le concours du titulaire destitué.

En quoi consistent donc ces différences essentielles? Le prix est la somme d'argent qui, comparée à la chose, est réputée lui être équivalente[1]; l'indemnité, aux termes des circulaires des

[1] Portalis, exposé des motifs du titre de la vente.

Digitized by Google

18 juin 1828 et 28 juin 1849, doit être fixée sur la valeur de l'office. Le prix proposé par le vendeur d'office est soumis aux évaluations contradictoires des chambres de disciplines, des tribunaux, du ministère public, et fixé souverainement par la chancellerie; l'indemnité est fixée par la chancellerie après les mêmes avis et le même examen. Enfin, le prix et l'indemnité sont soumis au même droit de mutation. Le prix et l'indemnité sont donc, en deux mots différents, une seule et même chose : la représentation de la valeur de la charge appréciée par enquête et fixée par l'État seul. L'unique différence entre les deux cas de vente et de destitution, c'est que, dans le premier cas, le prix est fixé sur la proposition faite par le vendeur, et que, dans le second cas, la chancellerie agit d'office.

On dit encore que l'indemnité « n'est qu'un équitable dédommagement laissé à la faculté toute discrétionnaire de l'autorité, et que celle-ci abandonne aux créanciers et autres ayants droit de l'officier destitué [1]; » on dit aussi « que le gouvernement, en obligeant le successeur à payer à qui de droit une somme d'argent qu'il arbitre dans sa sagesse souveraine, ne fait qu'appliquer la règle d'équité d'après laquelle nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui [2].

S'il s'agissait en effet des hautes prérogatives de l'autorité discrétionnaire de la chancellerie, un tel sujet serait en dehors et au-dessus de cette discussion; mais ces prérogatives ne sont nullement en jeu. La chancellerie a fixé une indemnité égale à la valeur de l'office, elle en a ordonné le dépôt à la Caisse des consignations, et elle défère aux tribunaux le soin de l'attribuer *à qui de droit, à qui il appartiendra*. C'est donc purement d'une question de droit qu'il s'agit, question soumise à la justice pour être résolue selon la loi. Loin d'user ici d'une autorité discrétionnaire, la chancellerie, c'est elle-même qui le déclare, ne fait que « réserver aux créanciers le légitime exercice de leurs droits; » elle ne veut pas « intervenir dans la distribution de cette somme en attribuant à certaines classes de créanciers des priviléges qui ne résulteraient pas de la nature de leur titre, » ni, par conséquent, en détruisant les causes de préférence créées par la loi [3].

[1] Arrêt de cassation du 23 mars 1853.

[2] Arrêt de Paris du 3 février 1852.

[3] Dans une affaire de cette nature, des créanciers pour faits de charge s'adressèrent à la chancellerie pour être colloqués par préférence sur l'indemnité.

Digitized by Google

Comment, d'ailleurs, l'indemnité serait-elle un dédommagement équitable laissé à une faculté toute discrétionnaire, c'est-à-dire une aumône, ou, si l'on ne veut pas de ce mot, une faveur? Le caractère de la faveur, c'est qu'elle est essentiellement facultative pour celui qui l'accorde; et ici peut-on citer un seul cas où le gouvernement n'ait pas exigé d'indemnité? Le caractère de la faveur, c'est qu'elle n'est pas due à celui qui la reçoit, qu'elle est pour lui un bienfait et non la reconnaissance d'un droit; et les ordonnances portent que l'indemnité sera attribuée *à qui de droit, à qui il appartiendra.* Le caractère de la faveur, c'est que celui qui l'accorde, pouvant donner tout ce qu'il veut et ne donner que ce qu'il veut, en fixe le montant en considération de celui à qui il l'accorde; et, ici, le montant de l'indemnité est fixé, après enquête et avis des tribunaux, sur la valeur même de la charge, et sans nul examen du nombre des créanciers ni de la quotité des créances!

Le caractère de la faveur, c'est qu'elle est faite des deniers de celui qui l'accorde : et ici, s'il est vrai que le nouveau titulaire puisse être nommé sans indemnité, l'indemnité, quand on l'exige, est tirée de ses deniers, et la faveur est accordée à ses dépens! Est-ce une faveur enfin, que la loi a frappée d'un droit de mutation? est-ce une faveur, dont la distribution est remise entre les mains des tribunaux, comme s'ils n'avaient pas pour mission exclusive de constater le droit et de rendre la justice?

Qu'est-ce donc que cette faveur qui doit être nécessairement accordée, et dont le chiffre même n'est pas arbitraire; faveur due à celui qui la reçoit, et faite aux dépens d'un tiers; faveur tarifée par l'enregistrement, et distribuée par la main de justice? N'est-il donc pas plus vrai de dire qu'il y a là une juste indemnité, représentative de la valeur de la chose retirée, pour utilité publique, à son propriétaire; et que, par conséquent, cette indemnité doit être attribuée, comme la valeur même de la chose, aux créanciers du propriétaire dans l'ordre déterminé par la loi?

Voici la réponse ministérielle : « En mettant à la disposition des créanciers du sieur C. une somme égale à la valeur de son office, *l'ordonnance a eu seulement pour objet de réserver à chacun d'eux le légitime exercice de ses droits;* c'est aux tribunaux qu'il appartient d'ailleurs de régler la distribution de cette somme, et *l'administration ne peut intervenir dans cette opération en attribuant à certaines classes de créanciers des priviléges qui ne résulteraient pas de la nature de leurs titres.* » Décision du ministre de la justice du 27 juillet 1835; Dalloz, 1836, III, 39.

Digitized by Google

Cette démonstration semblera plus évidente encore, si d'abord l'on remarque que la loi du 25 juin 1841 frappe l'indemnité en question d'un droit de 2 pour 100, comme les indemnités qui représentent la chose même, et non d'un simple droit de 50 centimes pour 100, comme celles qui ne sont que le dédommagement d'une perte subie ; et si enfin l'on veut peser toute la valeur de ces termes des ordonnances, *à qui de droit*, *à qu'il appartiendra*. Si les créanciers de l'officier destitué sont considérés comme *ayant droit* à cette indemnité, si cette somme est considérée comme devant leur *appartenir*, c'est en vertu de cette règle que tous les biens d'un débiteur sont le gage de ses créanciers ; s'ils viennent comme créanciers, ils doivent être rangés d'après la nature de leurs titres ; si la somme est attribuée comme bien du débiteur, elle doit, comme tous ses autres biens, être attribuée d'après l'ordre que le Code a établi, et selon les causes de préférence qu'il a consacrées.

Mais on invoque l'équité naturelle, à laquelle répugnent les priviléges ; on dit que l'indemnité doit être attribuée selon la justice et par conséquent répartie au marc le franc entre tous les créanciers, sans distinction.

Quelle est donc cette prétendue équité naturelle qui vient s'insurger contre la justice civile? y a-t-il donc un droit contre la loi ? Et ce qui est juste pour la distribution des autres biens d'un débiteur à ses divers créanciers, ne l'est-il donc pas pour la distribution d'une indemnité administrative ? Et d'ailleurs, peut-il y avoir quelque chose de plus légitime, en droit et en équité, que cette préférence accordée au vendeur ? Son privilége est comme une portion de la chose, retenue pour garantie du paiement ; il a fait l'affaire de tous les créanciers en mettant la chose entre les mains du débiteur commun ; sans lui il n'y aurait jamais eu ni propriété de l'officier destitué, ni droit de gage des créanciers chirographaires, et on lui refuse l'exercice de ce privilége, par ce motif que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui !

Ainsi l'indemnité doit être imposée, et elle l'est toujours ; elle est, comme le prix, l'équivalent de la charge, et non un dédommagement arbitraire ; le soin de l'attribuer est laissé à la justice, et elle doit être attribuée par elle à qui de droit, c'est-à-dire aux créanciers du tutulaire destitué, dans l'ordre établi par la loi.

Les considérations de justice viennent fortifier cette démonstration de droit.

Digitized by Google

§ V. — *Considérations de justice.* — Supposons deux officiers ministériels qui tous deux cèdent leurs charges sans être payés du prix ; des deux successeurs l'un revend à son tour, l'autre est destitué ; d'après la jurisprudence, l'un des vendeurs a un privilége, et sera payé intégralement ; l'autre n'a pas de privilége, et ne recevra qu'un faible dividende. Pourquoi cette différence, qui semble une iniquité ? Dira-t on que ce vendeur est en faute d'avoir choisi un successeur indigne, et que c'est de cette faute qu'il est puni ? Mais comment pouvait-il prévoir que le jeune successeur à qui il cédait sa charge, alors honnête et capable, viendrait un jour à faiblir ou à faillir. Et s'il y avait eu faute, cette faute n'aurait-elle pas été partagée par le gouvernement, souverain juge de la capacité et de la moralité de ceux qu'il nomme aux offices ? Cette faute n'aurait-elle même pas été plus grave de la part du gouvernement, qui investit d'une fonction publique, que de la part d'un vendeur, qui cède une propriété privée ? Mais il n'y a pas eu faute, il y a eu simplement impossibilité de prévoir l'avenir.

Et quand vient cette destitution que le vendeur n'a pu prévoir, elle frappe sur lui plus encore que sur le coupable. L'officier destitué qui n'a pas payé sa charge est simplement replacé dans la position où il était avant de l'avoir achetée ; mais son vendeur perd une somme considérable, qui était le produit du travail de toute sa vie, et sur laquelle il comptait pour sa vieillesse. Il y a plus : l'indemnité vient à la décharge de l'officier destitué, et par conséquent elle l'enrichit d'autant ; quant à son vendeur, il n'en reçoit qu'une faible portion, et c'est sur lui que retombe tout le poids d'une faute qu'il n'a pas commise.

Puis il y aura des fraudes. L'officier destitué pourra toujours supposer des créances mensongères qui viendront concourir avec la créance légitime du vendeur et diminueront d'autant sa collocation. On ira plus loin, et les créanciers chirographaires, pour obtenir un dividende plus avantageux, détermineront à prix d'argent l'officier improbe à des actes qui amèneront sa destitution. Supposition de créances, collusion entre les créanciers chirographaires et l'officier ministériel : contre toutes ces fraudes, comment le vendeur pourra-t-il se prémunir ?

Un seul moyen resterait aux vendeurs d'offices, ce serait de ne jamais céder leurs charges qu'au comptant. Mais le remède serait pire que le mal, et les charges, accessibles seulement aux grandes fortunes, seraient à jamais fermées à cette jeunesse in-

Digitized by Google

telligente et laborieuse qui, les considérant comme une sorte de magistrature auxiliaire, les honore par sa capacité et en augmente la valeur par son travail.

Faute d'avoir employé ce moyen désastreux, les vendeurs d'offices courront toujours le risque d'être dépouillés de leur privilége; et au profit de qui? au profit des créanciers chirographaires de l'officier destitué, qui ont suivi la foi de leur débiteur sans lui demander aucune garantie; qui ont contracté simplement avec la personne sans se mettre en rapport directement avec la chose; qui n'ont pas agi en considération de la charge, laquelle n'est pas devenue leur gage; qui n'ont compté venir qu'après l'entier paiement des priviléges et des hypothèques; qui savaient que le vendeur devait être intégralement payé avant eux, et qui l'ont voulu ainsi? Pourquoi donc les faire concourir avec ce vendeur, qui est presque propriétaire encore? N'y a-t-il pas là, au préjudice des droits les plus légitimes, au profit des tiers les plus indifférents, la plus éclatante violation du principe qu'on invoque, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui?

Ne sommes-nous pas enfin dans un temps où rien n'a manqué à la consécration de ce grand principe de la propriété, ni les démonstrations sorties de plumes éloquentes[1], ni les blasphèmes des faux sages, ni les menaces d'une foule égarée; et où, par un juste retour des choses, ce principe prend chaque jour une force plus grande, soit par la publicité que doit recevoir sa transmission, soit par l'extension promise aux droits des auteurs? Et ne s'agit-il pas ici de la propriété la plus considérable, car la valeur des offices en France se compte par millions, et de la plus légitime, car elle a pour fondements l'intelligence d'un homme instruit et le travail d'une vie entière?

Résumons-nous.

L'officier ministériel, fonctionnaire pour le titre de l'office, a sur la charge un droit de propriété antérieur à la loi de 1816 et distinct du droit de présentation créé par cette loi.

Sur ce droit de propriété reposent des priviléges dont le plus légitime est celui de vendeur; ce privilége est indépendant des faits de l'acheteur, et par conséquent n'est éteint ni par la dépossession de celui-ci, ni par l'emploi d'un mode de transmission autre que la vente.

[1] Voir la *Propriété d'après le Code civil*, par M. Troplong.

Digitized by Google

La destitution qui frappe le second titulaire lui enlève son titre; elle lui fait perdre son droit de présentation; elle l'exproprie de sa charge, mais moyennant indemnité : autrement ce serait une confiscation.

Cette indemnité, obligatoire en droit et toujours imposée en fait, est la représentation de la valeur de la charge; elle doit être distribuée, par justice, à qui de droit, c'est-à-dire selon les règles du droit, et en respectant les causes de préférence établies par le Code Napoléon. GEORGE GENREAU.

COUPES DE BOIS. — BOIS GISANTS. — REVENDICVTION.

Sous ce titre, M. Serrigny se pose dans le présent recueil (juin 1853) la question suivante :

« L'État, ou tout autre propriétaire vendeur de coupes de bois, a-t-il le droit de revendiquer les bois gisants sur place dans le parterre de la coupe, en cas de non-paiement par l'adjudicataire failli ? »

Après avoir rappelé la solution négative de la Cour de cassation et des Cours impériales, il propose lui-même celle-ci :

« S'agit-il du droit de revendication du propriétaire de la forêt contre la masse des créanciers de l'acheteur failli? Je l'admets sans difficulté. S'agit-il, au contraire, de la revendication contre un tiers acquéreur *de bonne foi?* Je la refuse au propriétaire de la coupe. »

Ces deux solutions, bien que contraires, me paraissent destinées à devenir tôt ou tard sans objet, comme s'appliquant à une situation sans réalité.

Cette situation est celle de *vendeur* de coupes de bois.

Il n'y a point, il ne peut y avoir de vendeur de coupes, dans le sens où l'entendent les opinions dont s'agit, dans le sens malheureusement consacré par l'usage.

Celui qu'on dit, par ellipse, vendre des coupes, ne vend rien. Il fait, au fond, un louage; il transfère *la jouissance* de sa forêt pour un temps, dans une mesure quelconque; il *autorise* à couper et enlever tels bois; il ne les *livre* pas coupés, ce qui seul pourrait constituer *vente* de coupes.

J'essayais de l'établir en 1851 (*Revue de législ.*, p. 133). Depuis

Digitized by Google

lors ma conviction n'a fait que s'accroître, et notamment à la lecture de l'article de M. Serrigny, où d'une part se montrent les difficultés graves résultant de la fausse appréciation signalée, où d'autre part plusieurs passages militent, ce semble, en ma faveur.

En ce dernier regard, on remarquera d'abord que l'auteur (page 419) relève, dans la jurisprudence, cette erreur de considérer le parterre de la coupe comme *le magasin* de l'adjudicataire exploitant; qu'il émet ensuite (p. 422) cette observation : « L'exploitation se fait dans la forêt du propriétaire. » ; enfin, cette autre (*ibid*) : « Dans quel but arrive-t-on à faire violence au langage, à ce point d'appeler magasin d'un marchand de bois ce qui en est exactement l'*opposé?* »

Si l'adjudicataire *exploite*, non dans son magasin, mais *dans la forêt* du propriétaire, il exploite, en propres termes, *la forêt d'un tiers*, partiellement ou en totalité, peu importe. Le tiers lui a donc affermé un droit de jouissance de sa forêt, un droit de recueillir des fruits, comme on afferme celui de prendre les produits d'une tourbière, d'une carrière.

Que l'exploitation ait lieu en un mois, en un jour même; que la redevance se solde en une fois; ces circonstances seraient-elles par hasard incompatibles avec le contrat de louage? En aucune manière.

Les abus de mots les plus invétérés ne changent pas la nature des choses. Vous aurez beau dire : Je *vends* le droit d'exploiter, vous n'aurez jamais fait qu'un louage. Le propriétaire qui passe un bail de neuf, de dix-huit, de trente ans, *vend*, lui aussi, le droit d'exploiter. Mais comme il ne livre pas les fruits *in specie*, il reste tout simplement bailleur. Sous ce nom, il réclamera son privilége (art. 2102, n° 1er).

C'est ce même privilége qui appartient manifestement à l'État, aux communes, aux propriétaires de bois concédant le droit d'exploitation *dans leurs coupes*. Il sauvegarderait bien mieux que tout autre les intérêts considérables dont M. Serrigny se préoccupe à si juste titre, puisqu'il s'exerce à l'égard du débiteur, non pas seulement *failli*, mais retardataire.

J'appelle avec confiance la plus sérieuse attention de ces intérêts sur la question ; et, pour déterminer plus sûrement une solution favorable, je les engage à stipuler désormais dans la forme du contrat de louage.

DORLENCOURT.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts contenus dans les recueils d'Avril 1853.

SOMMAIRE.

1. *Stellionat; erreur du notaire.* — Examen de la question si le défaut de préjudice détruit le caractère du stellionat, quand le stellionat subsiste encore à l'époque de la demande en justice.

2. *Sous-location; action personnelle.* — Le droit du propriétaire contre le sous-locataire ne se borne pas au privilége sur les meubles : il s'étend à l'action directe contre le sous-locataire. — Comparaison de l'art. 1723 sur le louage des immeubles avec l'art. 1798 sur le louage d'industrie. — Ces actions ne naissent pas d'un contrat; elles naissent d'un quasi-contrat, ou d'un engagement *ex lege*. — Régulièrement, l'action contre le sous-locataire ne peut commencer par une saisie-arrêt aux mains de ses débiteurs.

3. *Jugement par défaut; péremption de six mois; solidarité.* — Le jugement rendu contre deux débiteurs solidaires, dont l'un seulement a comparu, est frappé de la déchéance de six mois contre le défaillant, faute d'exécution à son égard. — Le nom de *péremption* est une erreur de la pratique, qui a causé des procès trop nombreux. — Qu'il n'y a pas une seule bonne raison pour rejeter les jugements de défaut joint au fond en matière de commerce.

4. *Legs universel; dispense de rapport.* — Bien que le legs universel fait à un enfant entraine nécessairement dispense de rapport, on ne connait pas d'arrêts qui le décide en thèse.

5. *Testament en pays étranger.* — L'ordonnance d'exécution d'un testament olographe rendue par un président de tribunal étranger ne peut être déclarée exécutoire en France. — Examen de la question de savoir si l'exécution d'un testament sous seing privé fait par un Français en pays étranger doit être requise en France au nom du légataire universel, par voie d'ordonnance du président, ou par action principale contre les héritiers. — Les tribunaux auraient-ils le droit de statuer sur pareille demande si le testament était fait en France? — Raisons de douter que l'art. 1088 comprenne dans sa signification le testament fait par le Français par écrit sous seing privé en pays étranger.

1. — Douai, 20 mars 1851. (*Dev. et Car.* 53, 2,270.) — Je trouve, sous cette date, un arrêt sur une matière, en général trop négligée, parce que heureusement elle n'est pas d'application fréquente, le stellionat.

Digitized by Google

Il n'y a pas d'action en stellionat contre un emprunteur qui aurait hypothéqué soixante-dix-sept corps de terre comme lui appartenant en propriété, quand, par l'erreur du notaire, chargé d'examiner les titres, il a omis de déclarer qu'il n'était propriétaire que pour moitié d'un de ces soixante-dix-sept corps de terre.

On ne peut qu'approuver cet arrêt au fond. Il y a erreur ; il n'y a pas dol. Le stellionat est un délit civil ; or la bonne foi excluant toute idée de délit exclut toute idée de stellionat.

Mais ce qui me parait n'être pas aussi exact, c'est ce second motif de l'arrêt. « En droit, pour qu'il y ait stellionat, il faut le « concours de deux circonstances, l'intention de tromper et l'é- « vénement, c'est-à-dire, le *préjudice causé* [1]. » Or, j'ai eu le malheur d'écrire, en 1834, que « *le stellionat qui, par l'événement, n'a pas nui et ne peut pas nuire au créancier, n'en donne pas moins lieu à la contrainte par corps*, à moins qu'il n'ait cessé *avant toute demande judiciaire*, » par exemple, par la radiation des hypothèques mensongèrement non déclarées. — De là, depuis 1834, on m'attribue la maxime qu'il y a toujours lieu à l'action du stellionat, lorsqu'il y a mauvaise foi sans préjudice. C'est trop généraliser ma proposition, puisque je l'ai limitée par le cas où le préjudice aurait cessé avant la demande en justice.

Néanmoins, je tiens encore après vingt ans à ma proposition ainsi limitée, parce qu'elle me paraît vraie et qu'il n'est pas permis de relâcher les liens de la vérité et de la bonne foi.

Le stellitionat est un délit civil: donc, quand j'ai présenté sciemment *comme mien* à l'emprunteur un domaine qui ne m'appartient que pour moitié, j'ai commis un délit civil. Or, il est de la nature des délits d'entraîner la peine, quand le fait défendu a été commis avec intention, bien qu'il n'ait pas été dommageable; donc, quand il serait dix fois certain que ma moitié dans la propriété hypothéquée surpasse de beaucoup la valeur du prêt, je n'en serais pas moins contraignable par corps, comme coupable

[1] L'arrêt est complet sur le chef du stellionat par le premier motif. Je ne puis m'empêcher de remarquer sans cesse, que ces motifs surérogatoires dont les jugements sont enrichis, sont ordinairement ceux qui amènent des doctrines contraires au droit. Or, quand les cours impériales trouvent un jugement bien motivé dans la partie principale, le besoin de consacrer le reste de leur temps aux intérêts d'autres justiciables, les détermine à ne pas s'occuper des motifs surabondants, qui, d'ailleurs, n'ont pas donné lieu à l'appel.

Digitized by Google

d'un délit civil, qui doit être puni civilement en ma personne.

En vain s'arme-t-on avec M. Merlin, M. Favard de Langlade et les annotateurs de Zachariæ des lois 10, § 1, ff. *Quæ in fraud. cred.*; 79, *de reg. juris*; 36, § 1, *de pign. act.* Il ne s'agit pas ici de droit romain ; il s'agit de notre droit français, tel que nous l'a donné le Code Napoléon.

Je repousse d'abord la loi 10, § 1, *quæ in fraud. cred.* Que porte-t-elle en effet ? Que celui qui sciemment a acquis par fraude au préjudice des créanciers n'est soumis à l'action paulienne, qu'après discussion du débiteur, parce que l'insuffisance de biens fait produire à la fraude un effet nuisible aux créanciers : car tel est le sens des mots de cette loi, « *Si eventum fraus habuit.* » Je repousse également la loi 79 *de reg. juris* qui porte qu'on ne doit jamais interpréter un fait comme frauduleux par cela seul qu'il ferait préjudice par l'événement, mais qu'il faut surtout considérer si l'intention était frauduleuse : car ce texte se rapporte encore à l'action paulienne.

Je ne veux pas les appliquer au stellionat, parce que, se rapportant à l'effet de l'action paulienne envers les tiers, ils statuent sur l'effet du *quasi-contrat* qui engage ce tiers envers les créanciers de son vendeur ; et, qu'au contraire, le stellionat est un dol, une tromperie coupable d'une partie envers l'autre *dans un contrat* fait entre elles. M. Merlin a donc transporté des décisions faites pour des quasi-contrats à la matière des contrats. Les textes d'ailleurs démontrent qu'il a tort. La loi 32, *de pignerateitiâ actione* dit en termes formels, que la solvabilité notoire du débiteur n'est pas un obstacle à l'action du créancier, si le débiteur a livré pour gage la chose d'autrui. Donc, en droit romain pas plus qu'en droit français, la discussion des biens du débiteur n'était pas nécessaire pour faire admettre le stellionat. Et de plus, quoique le stellionat ne fût point un crime défini, il donnait lieu à une action extraordinaire ; certaines circonstances pouvaient élever la peine jusqu'à l'exil. Pourquoi donc n'aurait-il pas été puni, même quand le débiteur offrait une telle surface, que le créancier, volontairement trompé, dût être cependant payé?

La loi 36, § 1 est la seule qui fonde le système ; et je ne dissimule pas que nos auteurs français ne lui aient donné une très-large interprétation. Pothier entre autres dans ses *Pandectæ Justinianeæ*, lib. 13, tit. 7, n° 28, en a tiré cette règle : « Au cas, « cependant où l'on donne en gage une chose obligée à un autre,

Digitized by Google

« l'action n'est pas ouverte au créancier, si la chose suffit aux « deux dettes. »

Est-ce bien cette règle absolue qui était dans l'esprit d'Ulpien duquel est tiré le fragment ?

Non certes : Ulpien a seulement voulu faire entendre qu'il y avait des cas où la première dette était si faible, (par exemple, si j'avais d'abord engagé pour 1, un domaine qui valût 100), qu'on devrait regarder le premier engagement comme insignifiant, et qu'alors le second créancier n'étant pas trompé n'avait pas d'action. Voyons la loi : « Celui qui sciemment m'aura donné « en gage un bien déjà engagé, et qui ne m'aura pas fait pleine- « ment connaître ce premier engagement, sera non-seulement « soumis à l'action contraire du gage, mais de plus, frappé des « peines du stellionat. » *Sed et si quis* [*sciens prudensque*] *rem alii obligatam mihi obligavit*, NEC ME DE HOC CERTIORAVERIT, *eodem* [*stellionatûs*] *crimine plectetur.* — Voilà la règle de droit. Puis le jurisconsulte ajoute : Mais que le créancier y prenne garde : qu'il n'intente pas une action extraordinaire là où le débiteur n'a pu avoir l'intention de tromper : « Certes, si le bien est un riche « domaine (*Planè si ea res est ampla*), et que la première dette « soit très-faible (*et ad modicum æris fuerit pignerata*), le ma- « gistrat n'imputera pas à mauvaise foi l'absence de déclaration : « le créancier succombera dans l'action en stellionat, et même « dans l'action du gage » (*dici debebit, cessare non solùm stellionatûs crimen, sed etiam pigneratitiam et de dolo actionem*), et quoiqu'il vienne au second rang, il est trop clair qu'il n'a été surpris que dans un rien (*quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit*).

Ce fragment ne statue donc que sur une espèce très-rare, et ne peut fonder une règle générale.

Il n'a plus force législative.

Il est contraire à notre loi.

En effet, dans le système des lois romaines, le débiteur devait déclarer les hypothèques précédentes. Dans notre système, il n'y est pas tenu : il n'y a stellionat, que *lorsqu'il fait une déclaration.*

Or, une règle présentée pour excuser celui qui ne fait pas une déclaration prescrite par la loi, n'est pas applicable à celui qui fait volontairement une déclaration que la loi ne lui prescrit pas, mais que le créancier exige avant de livrer ses deniers.

S'il l'a faite mensongèrement, la peine du stellionat doit donc,

Digitized by Google

sous notre droit, être toujours appliquée. Il n'y a d'excuse que dans l'erreur ; que le débiteur profite donc du temps pendant lequel le créancier ne le poursuit pas encore, et qu'il éteigne la première hypothèque avant toute action en justice. Sinon l'action existera.

Mon opinion sera taxée de dureté.

Elle n'est que juste. Le créancier trompé a certes le droit de dire qu'il n'a pas eu l'intention de traiter et d'avoir des rapports périodiques avec un homme qui les a commencés avec lui par un mensonge authentique.

Il ne faut pas accorder, même aux magistrats, la puissance d'examiner le gage, ni de peser jusqu'à quel point il est permis de tromper dans une déclaration notariée.

D'ailleurs, l'art. 2161 défend toute réduction de l'hypothèque conventionnelle loyalement donnée. Comment permettrait-on au débiteur d'avoir donné sciemment une hypothèque moins étendue que celle par lui déclarée ?

La contrainte par corps est odieuse !... Oui, mais le mensonge et le stellionat le sont encore davantage.

2. Cassation et rejet. 24 *janvier* 1853. (Dev. Car. 53, 1, 321.) — Cet arrêt est important en ce qu'il décide *en thèse* que les droits du propriétaire contre le sous-locataire ne se bornent pas à l'exercice de la saisie gagerie sur les meubles apportés par le sous-locataire dans les lieux, mais qu'ils produisent une action personnelle et directe du propriétaire contre le sous-locataire ; qu'en conséquence, le propriétaire, non payé par le principal locataire, a le droit de former directement des oppositions ou saisies-arrêts aux mains des débiteurs du sous-locataire, comme s'il était créancier direct de ce sous-locataire.

Cette doctrine, puisée dans l'art. 1723, a l'avantage d'être parfaitement en harmonie avec l'art. 1798 sur le louage d'industrie. Cet article 1723 donne formellement aux maçons, charpentiers et autres ouvriers, employés à la construction d'un bâtiment fait à l'entreprise, une *action directe et personnelle* contre le particulier qui a fait construire, et ce jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouve devoir à l'entrepreneur au moment où ils intentent l'action.

Cette doctrine est vraie : mais il ne faut pas en augmenter la portée. Il faut la limiter, et se garder de la croire absolue. Je n'admets pas du tout qu'il y ait contrat entre celui qui baille

Digitized by Google

un bâtiment à l'entreprise et les maçons, charpentiers et ouvriers employés par l'entrepreneur. Je n'admets pas davantage qu'il y ait contrat entre le propriétaire et le sous-locataire ou sous-fermier d'une maison ou d'un bien rural. Il y a *quasi-contrat*, *ex facto* (art 1371) de la part du sous-locataire; il y a engagement *ex lege* (art. 1370) de la part du propriétaire qui construit envers les ouvriers employés par l'entrepreneur; et cela suffit pour donner une action personnelle contre la partie obligée.

Aussi les deux articles offrent-ils une nuance qu'il faut saisir : l'action du propriétaire contre le sous-locataire n'est ouverte, *que du moment de la saisie* ; l'action des ouvriers est ouverte *dès l'instant où ils la dirigent* contre le propriétaire qui fait construire.

Les ouvriers n'ont besoin d'aucun acte préliminaire ; ils n'ont pas même besoin de saisie-arrêt sur l'entrepreneur pour intenter action contre le maître des constructions. C'est une erreur de la pratique de faire procéder ces malheureux ouvriers par saisie-arrêt, et de les entraîner dans les frais et dans les lenteurs d'une contribution avec d'autres créanciers de l'entrepreneur ; c'est méconnaître la volonté de la loi. La loi les rend *propriétaires* du jour où l'action est intentée par eux, *de tout ce qui reste dû* à l'entrepreneur par le propriétaire des constructions, jusqu'à concurrence des travaux dus par l'entrepreneur aux ouvriers sur les ouvrages et de ceux que les ouvriers pourront faire encore pour l'exécution du marché. Qu'importe qu'il y ait ou non d'autres saisies-arrêts? Les quittances que donneront les ouvriers des deniers *qui leur appartiennent*, libéreront le maître des constructions envers l'entrepreneur et même envers les créanciers saisissants sur lui, puisque du jour de l'action, l'action de l'entrepreneur se trouve réduite envers le maître de tout ce que celui-ci doit directement aux ouvriers.

Le propriétaire n'a l'action directe contre le sous-locataire *que du moment de la saisie;* car, il n'y a pas de contrat entre le propriétaire et le sous-locataire : le sous-locataire, au moment du contrat de sous-bail, sait bien qu'il sera obligé à payer son prix au propriétaire, et que les meubles apportés dans les lieux seront frappés du privilége de ce dernier, et par conséquent, il est censé consentir à ces conséquences de la sous-location : mais il ne contracte pas envers le propriétaire; il ne contracte qu'avec

Digitized by Google

le principal locataire, et ce contrat est à la fois un engagement conventionnel entre les parties contractantes, et un fait volontaire des parties, qui produira le quasi-contrat obligatoire du sous-locataire envers le propriétatre, si le principal locataire ne paie pas, et qui produit également l'engagement *quasi-contractuel* du principal locataire de laisser le propriétaire prendre des mains du sous-locataire le prix de la sous-location, tant qu'il ne paiera pas le prix du loyer principal.

Mais ici, l'espèce de l'arrêt pourrait faire naître une fausse idée : sans doute l'affaire avait commencé par un commandement au principal locataire et au sous-locataire ; peut-être aussi depuis quelque temps, le propriétaire recevait-il directement du sous-locataire lui-même. — Quoiqu'il en soit, la narration des faits ne commence que par une saisie-arrêt formée par le propriétaire sur le sous-locataire.

Un des arguments employés devant la Cour de cassation pour repousser l'obligation personnelle du sous-locataire paraît avoir été que cette obligation ne naissait que de la saisie-gagerie.

La Cour de cassation a répondu dans les motifs « l'art. 1753 « ne restreint pas à une simple affectation réelle l'obligation per- « sonnelle dont il détermine l'étendue; si le locataire n'est tenu « envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix dont il « peut être débiteur à raison de la sous-location, il est tenu dans « cette mesure, non-seulement sur ses meubles [garnissant les « lieux], mais d'une manière générale; les termes de cette dis- « position impliquent nécessairement l'idée d'une obligation per- « sonnelle, laquelle rend le sous-locataire passible de la part du « propriétaire des mêmes voies d'exécution que le locataire lui- « même. [En conséquence], si, après avoir de la sorte caractérisé « la nature de l'obligation, l'art. 1753, pour en régler la mesure, « indique *le moment de la saisie*, il ne précise pas un genre spécial « de saisie, et n'énonce cette voie d'exécution que comme l'un « des modes de poursuite permis à tout créancier. »

Quoiqu'il en soit, puisque *le moment de la saisie* précise celui où le sous-locataire est tenu, il ne saurait être celui d'une saisie-arrêt faite sans aucun préliminaire sur le sous-locataire entre les mains des tiers, ses débiteurs, car aucune exécution n'est possible contre un débiteur qui ne saurait pas encore être actuellement tenu ; et d'un autre côté, dans l'intervalle d'une saisie-arrêt et de sa dénonciation au sous-locataire, celui-ci

Digitized by Google

pourrait payer de bonne foi aux mains du débiteur principal.

Par *la saisie*, on ne peut pas entendre non plus dans l'article 1753, toutes saisies faites par le propriétaire sur le locataire principal : car, la saisie d'un immeuble affecté à la garantie du contrat, les saisies-arrêts aux mains des débiteurs du principal locataire, la saisie même de ses meubles, surtout s'il habite hors la maison louée, sont des faits étrangers au sous-locataire, et qu'il peut ignorer de bonne foi. Le désastre même de son créancier principal lui imposerait moralement l'obligation de payer sur le champ aux mains du principal locataire, puisque le propriétaire ne s'est pas encore adressé à lui.

Donc, le *moment de la saisie* est l'instant de celle que le propriétaire fait aux mains du sous locataire ; soit saisie-arrêt ou saisie-gagerie. La loi, en faisant partir de la saisie, l'instant précis où le sous-locataire commencera *à être tenu* personnellement, n'a pu l'entendre que d'une saisie faite ou sur lui ou entre ses mains. — Voilà ce dont l'arrêt pourrait faire douter ; voilà ce qu'il m'a semblé nécessaire de préciser.

Que le lecteur ne donne pas non plus une portée trop étendue à ma doctrine. Certes, si le propriétaire, sans aucun préliminaire, formait une saisie-arrêt aux mains des débiteurs du sous-locataire, et que celui-ci payât au principal locataire avant d'avoir connaissance de cette saisie, ou que sur la dénonciation de cette opposition, le sous-locataire lui fit des offres réelles de ce qu'il doit au locataire principal, la procédure pourrait être déclarée torsionnaire et vexatoire. Ce n'est pas de cette saisie que parle l'article 1753 : mais si le paiement n'a pas été fait, et que le sous-locataire ne fasse pas d'offres, la dénonciation d'opposition faite au sous-locataire, dans laquelle le propriétaire concluerait à la condamnation au paiement du prix de sous-location, constituerait en soi une défense de payer au locataire principal, et par conséquent une saisie de ce qu'il doit à son locataire direct. Une mauvaise procédure n'est pas une raison suffisante pour perdre un procès juste au fond.

De notre arrêt, sort encore un grave enseignement. Quand une partie a produit, devant la justice, le moyen légal qui devait lui faire gagner son procès, et que les tribunaux lui ont donné gain de cause, négligeant de statuer sur ce premier moyen, mais en prononçant contrairement à la loi sur un second moyen illégal, l'arrêt doit être considéré seulement comme un arrêt mal

Digitized by Google

motivé, et la cour de cassation peut rejeter le pourvoi, dès que les faits constatés par l'arrêt sont suffisants pour prouver que le premier moyen de défense était fondé.

3. — Rejet, 2 mars 1853 (Dev. et Car. 53. 1. 326. Pal. t. I, p. 383). — Cet arrêt décide qu'un jugement de tribunal de commerce portant condamnation solidaire contre une partie comparante et contre une partie défaillante, est frappé *de déchéance* à l'égard du défaillant, s'il n'a pas été mis à exécution contre lui dans les six mois de sa date, aux termes de l'article 156 du Code de procédure civile.

Rien de plus exact que la doctrine de l'arrêt.

Il importe peu qu'il soit de jurisprudence constante, que le jugement par défaut rendu contre deux parties solidaires, ne tombe plus en déchéance à l'égard de l'une d'elles, quand il a été exécuté dans les six mois à l'égard de l'autre : cette jurisprudence est fondée sur ce que la déchéance prononcée par l'article 156 est une prescription, et que la prescription interrompue à l'égard d'un des débiteurs solidaires est interrompue à l'égard de l'autre (C. N. 1206 et 2249), et qu'elle court à la fois, et dès le même instant contre chaque partie condamnée par le même jugement par défaut. Or, cette dernière condition n'existe pas, quand l'un des débiteurs solidaires a fait défaut, et que l'autre a comparu. L'espèce particulière de prescription que peut encourir le jugement est personnelle au seul défaillant, elle ne concerne en rien la partie comparante.

En faisant remarquer cet arrêt, mon but est de faire deux observations importantes.

La première est sur le danger des fausses dénominations introduites par la pratique. La loi dit : « Ces jugements seront RÉPUTÉS NON AVENUS » ce qui est les frapper *de prescription* après six mois sans exécution. La pratique invente le nom *de péremption* : et l'on trouve dans les seules annotations de M. Gilbert, plus de trente arrêts sur la question de savoir si le jugement est *périmé* à l'égard de l'un des défaillants, quand il a été exécuté contre l'autre débiteur solidaire, aussi défaillant !... Que d'arrêts inutiles, que de procédures évitées, si la pratique n'avait pas donné un nom à la *déchéance* prononcée par la loi, un nom trompeur pour les gens d'affaires et pour les parties !

Or, toutes les déchéances absolues sont la prescription d'un droit ; elles sont toutes rangées dans la classe des courtes pres-

Digitized by Google

criptions. La déchéance d'un jugement par défaut, faute d'exécution dans les six mois, libère le débiteur des effets du jugement, comme la déchéance des délais d'appel, libère la partie qui a gagné son procès de l'obligation de répondre une seconde fois sur le fond de l'affaire.

Ma seconde observation est que la pratique ne fait pas tout ce qu'elle peut faire, et que rien ne serait plus facile que d'éviter les questions de divisions de droits et d'intérêts entre les débiteurs solidaires, dont l'un comparaît et les autres font défaut, en introduisant dans les tribunaux de commerce l'usage de joindre le défaut du profit au fond, et d'ordonner un réassigné par huissier commis afin de rendre le jugement insusceptible d'opposition à l'égard de toutes les parties.

La pratique y résiste : elle se fonde sur ce que cela n'est pas dit dans le titre 25 du Code de procédure civile.

Dans ce titre, rangé sous la rubrique générale du livre II du Code de procédure, *des tribunaux inférieurs*, qui ne sent que les règles générales sont toutes posées dans tous les titres relatifs à la procédure civile? Qui ne sent que le titre, si court, si bref, intitulé *Procédure devant les tribunaux de commerce*, n'est qu'une énumération des exceptions introduites à la procédure des tribunaux civils en matière sommaire?

Aussi, la section de législation du tribunat, s'expliquant sur les dispositions du titre 5, 1re partie, livre II du Code de procédure, relatives à la police des audiences dans les tribunaux civils de première instance, a dit « qu'elle ne croyait pas qu'on « eût besoin d'un article particulier qui rendît ces dispositions « communes aux tribunaux de commerce, attendu que le titre « de la procédure devant ces tribunaux [le titre XXV] ne con- « tient que des règles spéciales, et qu'ainsi les règles générales « leur sont applicables. »

« En effet, ce titre 25, dit Locré (*Esprit du Code de Commerce*, « *t.* 9), est loin de poser toutes les règles sur la forme de procé- « der devant les juges de commerce. Si les juges s'arrêtaient là, « il leur serait impossible de marcher. »

Et de là ces conséquences : Le tit. XXV du livre II de la première partie du Code de procédure écarte ou modifie certaines formes des titres précédents. On doit les écarter : *in toto jure, generi per speciem derogatur.*

Il faut écarter encore les formes des titres précédents qui ne

Digitized by Google

peuvent se concilier avec la nature, l'organisation et la marche des tribunaux de commerce, c'est-à-dire les articles qui concernent les constitutions d'avoués et la communication au ministère public.

Et enfin les dispositions qui règlent des matières dont les juges de commerce n'ont pas à connaître, telles que la vérification d'écritures, le faux incident civil, l'exécution des jugements, etc.

Ces exceptions faites, pourquoi ne rentrerait-on pas dans les règles ordinaires, puisque le titre 25 ne contient rien de limitatif?

Pourquoi n'appliquerait-on pas à la procédure commerciale l'art. 153 du Code de procédure civile?

Est-ce qu'on n'éviterait pas ainsi les frais énormes des procédures commerciales, où, quand un jugement est rendu contre six débiteurs dont un seul comparaît, il est suivi de cinq jugements sur débouté d'opposition?

Est-ce qu'on ne forcerait pas ainsi tous les débiteurs d'une même somme à se présenter ensemble devant le tribunal, ou devant la cour? Est-ce que la procédure n'en deviendrait pas plus simple, plus complète et plus économique?

Est-ce que le motif qui fait ordonner le réassigné par un huissier commis devant le tribunal civil, et qui répute que cette fois il y a certitude légale que l'ajournement est parvenu à la partie, suffisante pour la priver du droit d'opposition, n'existe pas également en procédure commerciale?

Je ne fais que poser la question : je ne la décide pas ; je sais qu'elle est controversée; je dirai plus, je vois qu'on la résout généralement contre mon opinion : mais je sais aussi qu'en rejetant le pourvoi formé contre un jugement du tribunal de commerce qui avait joint le profit du défaut au fond, la cour de cassation, *ch. civ.* s'est fondée sur les principes que je professe. « Les art. 642 et « 643 du code de commerce (a-t-elle dit), en renvoyant pour la « forme de procéder à certains articles du code de procédure « civile, n'excluent aucunement l'application des autres articles « de ce code qui n'ont rien d'incompatible avec l'organisation et « la compétance de ces tribunaux. » (*Arrêt du* 29 *janvier* 1819).

4. — Rejet, 14 mars 1853 (Dev. et Car. 53. 1. 267.) — Le recueil où nous prenons cet arrêt, en tire cette proposition « *L'institution* générale d'héritier ou *le legs universel*, fait au « profit d'un enfant, emporte *disposition par préciput* et hors « part en faveur du légataire. »

La maxime est vraie; l'art. 843 est écrit pour les legs partiai-

Digitized by Google

res et non pour le legs universel qui, comprenant *le jus universum* du défunt d'après l'art. 1003, n'est pas soumis au rapport et exprime la préférence donnée à l'enfant nommé légataire universel.

Mais cette maxime ne sort pas de l'arrêt de la Cour de cassation, qui se borne à déclarer « que la cour impériale, en recher-« chant la volonté de la testatrice et en déduisant du rappro-« chement de ses dispositions qu'elle avait *expressément et* « *nécessairement* manifesté dans son testament l'intention d'in-« vestir l'un de ses fils de la quotité disponible en lui laissant *en* « *outre* la faculté de faire valoir ses droits héréditaires, a usé *d'un* « *droit souverain* et n'a violé aucune loi.

Certes, la Cour régulatrice s'est bornée à dire que la Cour impériale ayant trouvé l'*expression* d'une volonté préciputaire dans le testament, avait agi dans la sphère de ses pouvoirs, en le déclarant, et n'a en rien jugé que le legs universel fait à l'un des enfants, était un legs par préciput.

Je ne connais même aucune espèce, où cette vérité « que le « legs universel fait à l'enfant est une disposition avec dispense « expresse de rapport, » ait été déclarée en thèse absolue. »

Dans un testament du S. J. B. Allomello, qui avait fait des legs particuliers à trois de ses enfants avec défense de rien prétendre en outre sur sa succession, et institué son fils aîné pour son héritier universel dans le reste de ses biens, le Cour de Turin, par son arrêt du 28 août 1819, a déclaré que ce testament *avait la même force que si* la dispense de rapport *y eût été littéralement exprimée :* mais cela ne résout pas en thèse la question *qu'une institution universelle* équivaut à dispense de rapport, puisque l'ordre aux trois autres enfants de se contenter de leur don, aurait suffi pour emporter expression du préciput à l'égard du quatrième.

L'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation (S. 12. 1. 309) du 25 août 1812 qui a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de Turin s'est aussi borné à décider que la Cour de Turin avait pu légitimement « induire du contexte et des diverses dispositions « et legs portés au testament que le testateur avait, *par le sens* « des diverses dispositions, et *l'énergie* des termes de l'institu-« tion, dispensé *aussi expressément* l'héritier institué du rapport, « que si la dispense *avait été écrite littéralement.* » Ce n'est pas là avoir dit que le legs universel est dispensé du rapport, c'est

Digitized by Google

dire seulement qu'une Cour d'appel n'a pas failli en y voyant l'expression de cette dispense, quand elle se trouvait appuyée des autres dispositions du testament.

Un arrêt de la Cour de Montpellier du 9 juillet 1833 (S. 34. 2. 30) aurait pu faire faire un pas de plus vers la certitude. Mais l'espèce s'y opposait. Un père avait fait une donation à sa fille. Par son testament, il l'appela son héritière, mais en confirmant sa donation, et en déclarant qu'il entendait borner à la somme donnée précédemment les effets de cette qualité ; ensuite, il fit par le même testament des legs particuliers, institua son fils son héritier général et universel, et le chargea seul de la délivrance des legs. La sœur prétendit que ce legs était sujet à rapport, faute par le testateur d'en avoir dispensé l'héritier universel. La Cour adjugea avec raison la portion disponible au fils, elle a même dit : « Qu'une institution générale et univerelle *embrasse* tous les « biens délaissés par le testateur, » mais elle a dû s'appuyer sur les autres parties du testament. On ne peut donc dire que cet arrêt juge la question en thèse.

Les recueils citent encore un arrêt de Bastia du 25 mars 1833 (S. 34. 2. 318); mais quoiqu'il ait jugé la question, il n'a donné aucun motif, et ne peut être invoqué sûrement.

Enfin l'arrêt même de la Cour impériale de Paris du 31 décembre 1851, sur lequel a statué l'arrêt de rejet du 14 mars dernier, n'a pas plus que la Cour de cassation décidé la question en thèse. Une dame Mourlot avait sept enfants. Par son testament, elle « *instituait pour son légalaire universel son fils Alphonse.* » Mais là ne se bornait pas le testament : elle ajoutait « et je lui donne et lègue en toute propriété tout ce dont la loi me permet de disposer. » Elle allait plus loin encore, et voulait que le legs fait à son fils ne fût pour lui l'occasion d'aucune dépense et qu'il le reçût franc et quitte de toute charge : ce qui était excéder la mesure du legs universel et formait une clause réputée non écrite. C'était sur cet ensemble de dispositions que les tribunaux avaient à statuer. Comme Alphonse Mourlot avait agi en demandant le partage comme légataire universel et comme héritier du sang, les premiers juges ont pensé qu'il avait fait acte d'héritier, et que le testament n'exprimant pas de dispense de rapport, Alphonse Mourlot devait rapporter son legs universel, ce qui le réduisait au 1/7 de la succession, au lieu du 1/4 de l'entier et du 1/7 des 3/4. La question portée devant la Cour

Digitized by Google

était donc celle-ci : « Le testement tel qu'il est rédigé, exprime-« t-il la volonté qu'Alphonse Mourlot ait la quotité disponible « *hors part* et prenne en outre sa part héréditaire? » et c'est à cette unique question que l'arrêt de la Cour de Paris a répondu en disant « qu'en instituant son fils légataire universel, *et en dé-« clarant* EN OUTRE lui donner tout ce dont la loi lui permettait « de disposer, la testatrice avait *nécessairement et expressément* « manifesté l'intention *dans le testament* de l'investir de la quo-« tité disponible, en lui laissant en outre la faculté de faire valoir « ses droits héréditaires. »

La Cour n'a donc pas statué sur la question en thèse de droit ; elle n'a statué qu'en thèse de fait.

Et l'on sera longtemps encore avant que les arrêts aient statué sur la thèse de droit, parce qu'il est du devoir des Cours souveraines, qui ont à se prononcer sur le sort d'un acte, de tirer leur réponse des entrailles de l'acte même et que la Cour de cassation ne répondra jamais en droit, tant que les Cours souveraines ne feront qu'user du pouvoir d'interprétation.

5. — REJET, 9 *mars* 1853. (*Dev. et Car.* 1. 270. *Pal. t.* 1. *p.* 424.) — Cet arrêt décide deux questions importantes.

Quand un français meurt en pays étranger en laissant un légataire universel institué par testament olographe, et que, les lois de ce pays étant sur ce point semblables aux nôtres, le président du tribunal du lieu du décés (ou tout autre magistrat local) a ouvert le testament et rendu une ordonnance d'envoi en possession, le légataire universel ne peut demander aux tribunaux français que cette ordonnance soit déclarée exécutoire en France.

Je renvoie aux recueils qui contiennent sur ce point un extrait du rapport de M. le conseiller d'Oms.

Cette ordonnance d'ailleurs n'est pas un jugement : et c'est des jugements que nos lois autorisent de demander l'exécution en France sous l'autorité de la justice française. (V. l'art. 2123 du C. N., et l'art. 121 de l'ord. de 1629).

La seconde maxime qu'on puisse tirer de l'arrêt, est que dans ce cas le légataire universel ne peut pas se pourvoir contre les héritiers du sang devant le tribunal français du domicile d'origine pour se faire délaisser les biens dont ils se sont emparés, avant que d'avoir obtenu l'envoi en possession du président de ce tribunal.

Digitized by Google

Malgré l'arrêt de la Cour de Rennes [1], je doute fort de cette solution.

Oui, pour que le légataire universel puisse se mettre en possession des biens de la succession, il faut qu'il ait un titre exécutoire, et la loi a donné au président le pouvoir de rendre exécutoire le testament sous-seing-privé.

Mais a-t-elle défendu aux tribunaux de statuer sur le sort d'un testament avant ce préliminaire?

Non : l'art. 1008 est une règle, non du fond du droit, mais de la procédure,

On ne peut pas contester au légataire universel le droit de se mettre en possession, sans l'ordonnance du président, s'il a le consentement des héritiers.

On ne peut pas plus lui contester le droit de demander aux héritiers la délivrance des biens de la successoin, avant d'avoir requis l'ordonnance d'envoi en possession.

Qu'on ne dise pas que le tribunal est incompétent pour accorder la possession!

Il est certes incompétent pour statuer sur une requête tendant à l'envoi en possession du légataire universel; le tribunal n'a pas sur ce point la juridiction gracieuse.

Mais il a, par son institution même, la plénitude de la juridiction contentieuse; il n'est pas plus incompétent pour statuer sur la possession, quand le légataire universel demande par action principale que les héritiers se dessaisissent dans ses mains des meubles et immeubles dont ils se sont emparés, qu'il ne le serait pour statuer sur une revendication d'immeubles usurpés dans l'année, si le propriétaire dépouillé agissait par le pétitoire.

Dans l'un comme dans l'autre cas, on ne peut voir dans celui qui agit au pétitoire, qu'une partie consentant à soumettre le fond au tribunal compétent, et à devenir demanderesse, au lieu de rester dans la position du défendeur au principal : elle change une position excellente et qui la dispense de preuve, en une position plus mauvaise et qui la charge de tout prouver; elle fait une procédure trop coûteuse; mais si l'on critique la procédure

[1] En effet, s'il y a eu devant cette Cour, dont l'arrêt a donné lieu au pourvoi, des conclusions formelles en délaissement des biens de la succession aux demandeurs, et que la Cour ait omis d'y statuer, l'affaire paraîtrait, sous ce point de vue, avoir offert plutôt une ouverture à la requête civile qu'un vrai moyen de cassation.

Digitized by Google

en reconnaissant son droit, rien n'empêche le tribunal de la charger des dépens. Une mauvaise direction de procédure rentre nécessairement dans l'art. 1382 du Code Napoléon, et oblige celui qui a commis cette faute à la réparation du dommage causé. Mais une mauvaise direction de procédure *ne crée pas l'incompétence* d'un tribunal institué pour connaître pleinement de toute la juridiction contentieuse civile ; en d'autres termes « pour » connaître de toutes les affaires personnelles, réelles et mixtes » en toutes matières (Loi du 16-21 août 1790, tit. 4, art. 4).

Mes doutes vont plus loin encore.

Ce que je viens de dire s'appliquerait même à un testament fait en France ; mais il s'agit ici de dispositions testamentaires d'un français faites à l'étranger par acte sous seing privé (comme le dit l'art. 999), et je doute que pareil testament puisse être soumis aux formalités de l'art. 1008. Je crois, au contraire, qu'il n'y a pas d'autre mode légal de procéder que de demander directement et par action principale l'exécution du testament en France.

Pourquoi l'art. 1008 est-il écrit ? Pour éviter des formalités coûteuses, parce que lorsqu'un homme meurt au sein de sa famille, la minute du testament peut être facilement examinée par tous ceux qui ont intérêt à la critiquer, et qu'ils pourront s'opposer à l'envoi en possession. Aussi est-ce au président du tribunal de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte que doit se faire la présentation. C'est lui qui doit en faire l'ouverture, en décrire l'état ; entendre les notaires et témoins, si le testament est dans la forme mystique ; choisir le notaire qui en conservera le dépôt : et c'est le même président qui, sur la requête présentée par le légataire universel, est appelé à statuer sur la demande d'envoi en possession, qui appartient à la juridiction gracieuse. Dès l'instant où le président l'a accordée, le légataire universel devient défendeur à toutes les demandes, et le testament jouit des avantages de l'authenticité.

Doit-il en être de même du testament fait par le français dans une autre hémisphère sous la forme olographe, quand ce testament est placé par le législateur sous la rubrique de la sect. II du chap. V, *des Règles particulières sur la forme de certains testaments* ; et quand le législateur, qui a parlé du *testament olographe*, dans la section qui concerne les testaments *du droit commun*, emploie dans la section suivante cette singulière expression

Digitized by Google

« pourra faire ses dispositions testamentaires *par acte sous signature privée*, ainsi qu'il est prescrit par l'art. 970 ; » et quand enfin est certain que ce testament ne pourrait être transporté, sans courir de dangers, au lieu de l'ouverture de la succession en France pour y être soumis aux formalités des articles 1007 et 1008?

Je ne puis m'empêcher de penser que ces mots « *par acte sous signature privée* » qui n'ont nulle part dans nos lois de précédents ni d'imitation, ont été placés dans cet art. 999, pour bien faire sentir que le législateur français mettait une différence profonde entre le testament fait en France, et le testament fait en pays étranger. — Le testament fait en pays étranger *par acte authentique*, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé, ne sera pas le testament *par acte public* dont parlent les art. 911 et suivants, quoique la législation y puisse imposer les mêmes formes que la législation française ; le testament fait *par acte sous signature privée*, par le français, en pays étranger, ne sera pas *le testament olographe*, quoique soumis aux formes prescrites par l'art. 970 : ils seront l'un et l'autre testament d'exception.

Ceci est nécessaire pour le testament *par acte authentique* fait en pays étranger. Il n'est pas, relativement à la souveraineté de la France, testament *par acte public*. L'authenticité d'un acte fait en pays étranger, même par les officiers publics, n'a pour la France que la force probante (*vim probationis*) ; il n'a pas et ne peut avoir la force de commandement (*vim imperii*) que les actes des officiers français produisent, parce que le souverain les a institués et préposés pour donner aux actes ce caractère public et la force d'exécution. Les testaments par actes authentiques faits à l'étranger auront effet en France, puisque la loi française le permet, mais ils n'y pourront être exécutés que par la volonté des parties ou par l'autorité de la justice.

Ainsi, bien qu'un légataire universel institué en France par un testament par acte public, puisse se mettre en possession des biens de la succession *manu militari* ; bien qu'en vertu des dispositions d'un pareil testament, les legataires particuliers aient la puissance de prendre inscription sur les biens de la succession ; néanmoins, si le français a fait son testament par acte authentique à l'étranger, les légataires particuliers ne pourront prendre inscription hypothécaire.

Ma pensée se fortifie, quand je réfléchis qu'il y a des nations

Digitized by Google

qui admettent le testament olographe : d'autres qui le rejettent.

Or, pour les nations qui l'admettent, elles peuvent bien lui donner la force d'exécution dans l'enceinte de leurs frontières, elles ne peuvent la lui imprimer au-delà.

Si le français y fait un testament olographe, la force exécutoire de ce testament en France, ne pourra pas naître de la loi étrangère, pas plus que la force exécutoire du testament fait par le français dans la forme authentique, en vertu du même article 999. Le testament authentique est valable en France, parce que la loi française lui accorde force probante, *locus regit actum :* pas davantage.

D'où il suit qu'un légataire universel, institué par le testament authentique d'un français fait en pays étranger, ne pourrait pas, en vertu de ce testament, se mettre en possession des biens français ; que ses légataires particuliers ne pourraient pas, en vertu de ce testament authentique suivant la forme étrangère, prendre inscription sur les biens de France ; ils seront forcés de s'adresser directement au tribunal de l'ouverture de la succession, pour faire déclarer le testament exécutoire en France, parce qu'en permettant au français de faire son testament en pays étranger dans la forme authentique, le législateur français n'a accordé dans ses Etats à l'acte authentique que *vim probationis*, et non *vim imperii.*

Comment donc donnerait-on la force du commandement nécessaire pour obtenir une ordonnance d'envoi en possession en France, au testament olographe fait à l'étranger chez une nation qui admet cette forme, quand on refuse la force possessoire au testament authentique fait chez la même nation ? Ce ne serait certes pas à cause de l'effet que les lois de cette nation donnent au testament olographe, puisque cet effet expire à ses frontières. Le légataire universel ne pourra prendre possession que de l'autorité de la justice française : autrement, on violerait le principe national « qu'aucun acte étranger ne peut avoir exécution forcée en France, si la justice française n'en prononce l'exécution. »

Or, si le légataire universel d'un français par testament authentique fait à l'étranger, ne peut obtenir la possession que par action principale en exécution de son titre devant le tribunal de l'ouverture de la succession en France, par quel prodige le légataire universel *par acte sous seing privé* fait en pays étranger, n'aurait-il besoin que de l'ordonnance du président du tribunal ?

Digitized by Google

Le législateur a donc dit : bien que ces testaments approchent de ceux qui sont faits en France dans la même forme ou à peu près, je leur refuse le même nom, parce qu'ils ne sont pas tout à fait la même chose. J'accorde au testament par acte public en France, l'exécution *de plano* ; je la refuse au testament par acte authentique fait à l'étranger ; car, il est juste que les héritiers vérifient auparavant s'il remplit les conditions d'existence prescrites par la loi étrangère. J'accorde au testament olographe fait en France, l'exécution, sous la seule condition d'une simple ordonnance d'exécution rendue par la juridiction grâcieuse : mais je refuse ce nom au testament fait par acte sous signature privée à l'étranger ; donc je lui refuse de faire foi entière de sa teneur ; et je veux qu'il demeure acte privé jusqu'à ce que la justice des tribunaux en ait vérifié l'existence.

C'est ainsi, par exemple, que bien que les sentences arbitrales rendues en France deviennent exécutoires en France par une ordonnance du président, les jugements arbitraux rendus en pays étrangers, même par des français et entre français, ne peuvent devenir exécutoires en France qu'en vertu de jugements rendus par des tribunaux français ; et il est équitable que le législateur français attache un degré de crédibilité de moins en France aux actes faits par les français à l'étranger, qu'aux actes faits dans leur patrie.

C. DELISLE.

QUESTIONS SUR LA PRESCRIPTION.

Deuxième article [1].

VIII. — Tout le monde sait les nombreuses difficultés qu'a fait naître à toute époque l'importante matière de *la Possession*.

Et d'abord, qu'est-ce que la possession? Il avait toujours été admis, et dans le droit romain et dans notre ancien droit français, qu'il n'y a de possession véritable et proprement dite que *la détention exercée* ANIMO DOMINI. M. Troplong commence par combattre et rejeter ce principe, qui n'est plus, suivant lui, celui

[1] V. le premier article, pages 686 et suiv.

Digitized by Google

de notre droit moderne.... Avant de répondre à ses arguments, rappelons brièvement l'ancien état des choses.

Le droit romain admettait si bien qu'il n'y a pas d'autre possession que la détention à titre de propriétaire, que non-seulement le commodataire et le locataire (quoiqu'ils aient la détention et la jouissance parfaitement légitimes de la chose), mais même l'usufruitier (chez qui cette détention et cette jouissance résultent d'un *jus in re*, complétement analogue à celui du propriétaire et absorbant même toute l'utilité de celui-ci) n'y étaient pas des possesseurs. Sans doute, les commentateurs ne niaeînt pas que cette détention et cette jouissance constituaient aussi dans un certain sens une espèce de possession; mais ils avaient soin d'expliquer que ce n'était pas là une possession *légale*, *juridique*, *civile* enfin; que, c'était une simple possession de fait, qui, purement naturelle, précaire et s'exerçant pour autrui, ne pouvait pas donner dès lors la qualité de possesseur. Notre ancien droit français suivait les mêmes idées. Pothier, non content de les admettre, les exagérait même; car il réduisait à ce rang de simple possession naturelle, non pas seulement (ce qui était exact) celle de l'individu détenant à un titre autre que celui de propriétaire, mais aussi celle de l'usurpateur, parce qu'il n'avait pas de titre, et celle de l'individu dont le titre était nul. La possession civile n'était, selon lui, que celle du possesseur qui est propriétaire et qui a juste sujet de se croire tel (Orléans, tit. 22, n° 2). Argou, plus exact que Pothier, enseigne dans ses *Institutes au droit français* (t. I, p. 222) qu'il y a possession civile chez tous ceux qui possèdent *animo domini* même de mauvaise foi, et possession naturelle seulement chez tous les autres.

M. Troplong, qui reconnaît que ces idées étaient bien celles de notre ancien droit et du droit romain, les critique vivement, et prétend que le Code ne devait pas les admettre et ne les a pas admises en effet. Le savant magistrat (n° 239), après avoir objecté que, d'une part, la possession de celui qui détient la chose *animo domini* n'est pas moins *naturelle* que celle de l'individu qui possède pour autrui, et que, d'autre part, la possession d'un fermier, d'un commodataire ou autre qui détient pour autrui, si elle n'est pas efficace pour prescrire, produit du moins d'autres effets reconnus par le droit civil, en sorte qu'elle est également une possession *civile*, en conclut que la distinction ainsi faite entre ces deux possessions, n'est due qu'à une

Digitized by Google

manie qu'il était temps de repousser, et dont le Code, selon lui, ne s'est pas rendu complice. En effet, continue-t-il, l'art. 2228 n'autorise pas cette distinction et ne refuse pas aux détenteurs précaires la qualité légale de possesseurs; car il se contente de dire que posséder, c'est détenir *par soi-même* ou *par un autre*; or le détenteur précaire, le fermier, par exemple, qui détient tantôt par lui-même, peut aussi détenir par un autre, quand il sous-loue. Et d'un autre côté, les art. 2230, 2231 et 2236 admettent tous que les détenteurs précaires sont aussi des possesseurs dans le langage de la loi, puisqu'ils parlent tous de *posséder pour autrui*, *de ceux qui possèdent pour autrui*, ce qui prouve que, dans la pensée du législateur, détenir pour un autre c'est encore *posséder*.

Rien n'est moins exact que cette argumentation : et des quatre idées sur lesquelles elle repose, pas une n'est juste.

Pour la première et la seconde, il est assurément bien vrai, d'abord, que la détention des possesseurs proprement dits est tout aussi naturelle que celle des détenteurs précaires et que (comme le dit M. Troplong) rien n'est plus naturel, plus conforme à la nature, que de posséder la chose dont on est ou dont on se croit propriétaire; mais aussi, on n'a jamais dit ni voulu dire que la possession civile *n'était pas naturelle*, on a voulu dire qu'elle était plus que naturelle, qu'elle était naturelle et légale tout à la fois, qu'elle existait et en fait et en droit, tandis que l'autre est seulement naturelle et de fait. D'autre part, il est également incontestable que la détention de tout possesseur précaire produit des effets juridiques, des effets civils, et que par conséquent elle est bien un phénomène civil; mais de ce que, juridiquement et civilement, ce fait constitue un phénomène vraiment existant, un élément dont la réalité comme les effets sont admis et soigneusement réglés, s'en suit-il qu'il constitue *une possession?* On n'a certes jamais dit ni songé à dire que la jouissance d'un locataire sur une ferme ou sur une maison n'était qu'une chose de fait et n'était en droit rien du tout; on a dit qu'en droit, cette chose n'était point proprement *une possession*. Le raisonnement de M. Troplong sur ces deux idées est du même genre (moins exact encore) que celui dans lequel on dirait: « Il est ridicule de distinguer des enfants légitimes et des enfants naturels; car, d'un côté, l'enfant conçu en mariage est tout aussi naturel que celui dont les auteurs ne sont pas mariés,

Digitized by Google

puisque rien n'est certainement plus naturel, plus conforme à la nature que d'avoir des enfants en mariage ; d'un autre côté, de même que le fermier, s'il n'a pas tous les droits attachés à la possession (et, par exemple, les actions possessoires) a du moins certains droits que la loi lui garantit, de même le bâtard jouit aussi de nombreux droits qui lui sont formellement attribués par le Code, en sorte qu'il est enfant *secundum legem*, par conséquent enfant légitime : la distinction des enfants légitimes et des enfants naturels n'est donc qu'une fausse notion qu'il serait temps d'abandonner ! »

Ce raisonnement, si vicieux qu'il soit, l'est moins encore que celui de M. Troplong ; car sa base n'est que l'exagération d'une idée vraie, tandis que la base de l'autre est une idée complétement fausse en elle-même : c'est bien *comme enfant*, en effet, c'est précisément, proprement et rigoureusement à ce titre d'enfant, que le bâtard jouit des effets légaux dont on argumente ici, tandis que ce n'est pas *comme possesseur* qu'un locataire, un commodataire ou tout autre détenteur précaire jouit des droits que la loi lui reconnaît.

La dernière partie de l'argumentation de M. Troplong, ce le qui repose sur le texte des art. 2228 et autres, n'est pas plus heureuse que la précédente ; car ces articles, que le savant magistrat croit favorables à sa thèse, en démontrent au contraire la fausseté plusieurs fois pour une, et prouvent clairement que, pour notre droit moderne comme pour notre ancien droit et le droit romain, il n'y a de vrai possesseur que celui qui (par lui-même ou par un autre) détient la chose à titre de propriétaire. Et d'abord, l'art. 2228, que M. Troplong croit être muet sur la question, devient, au contraire, on ne peut plus significatif, on ne peut plus décisif, par sa combinaison soit avec l'art. 2230, soit avec l'art 2236.

L'art. 2230, en effet, nous apprend d'abord que l'expression *posséder pour soi* est synonyme de *posséder à titre de propriétaire*, puisqu'il oppose l'un à l'autre comme constituant les deux cas contraires, 1° *posséder pour soi* ET A TITRE DE PROPRIÉTAIRE, puis, 2° *posséder pour un autre*, sans rien ajouter, ce qui indique bien que ces premières expressions signifient *posséder pour soi* C'EST A DIRE *à titre de propriétaire*. Or, avec cette donnée, lisons la définition de l'art. 2228 ; elle va résoudre notre question. Qu'est ce que la possession ? C'est, nous dit la loi, « la détention de la « chose que nous tenons, soit par nous-même et en notre propre

Digitized by Google

« nom, soit par un autre qui la tient pour nous. » Ainsi, la possession admise et reconnue par la loi, la possession, telle que le Code l'entend et prend la peine de la définir par un article exprès, la possession légale et juridique, *civile* enfin (pour reproduire le mot consacré), c'est la *détention exercée pour nous, en notre propre nom, à titre de propriétaire, soit pour nous même soit pour un autre qui n'est que notre remplaçant à cet égard.* Comment M. Troplong n'a-t-il pas vu combien le système nouveau qu'il produit se trouvait condamné de toutes parts dans les textes de notre matière ? S'il est bien clair que *posséder en notre nom* (soit par nous-même, soit par un autre) signifie *posséder à titre de propriétaire*, n'est-il pas tout aussi clair que ces *autres par lesquels* nous pouvons posséder, c'est à dire avoir une possession qui sera toujours *la nôtre* et non pas *la leur*, sont précisément ces *fermiers*, *dépositaires*, *usufruitiers* ET TOUS AUTRES DÉTENANT PRÉCAIREMENT LA CHOSE DU PROPRIÉTAIRE, comme l'explique si nettement l'art. 2236 ? Or, puisque ces fermiers, dépositaires, commodataires et autres ne sont que les bras (pour ainsi dire) par lesquels, d'après l'art. 2228, *nous tenons la chose*, nous propriétaires, puisqu'ils ne sont que les instruments *par lesquels nous possédons*, *nous*, il est donc bien évident que c'est nous seuls qui sommes les possesseurs et non pas eux.

Et quand même on n'aurait ni l'art. 2236 ni l'art. 2230, l'article 2228 ne suffirait-il pas encore à lui seul? car du moment que, pour le cas de possession par le ministère et l'intermédiaire d'un tiers, la loi nous dit que cette possession se trouve *dans notre détention à nous*, qui *tenons la chose* pour ce tiers, et non pas dans la détention de ce tiers, ne résulte-t-il pas de cela seul que la détention de ce tiers n'est quant à lui, pour la question de possession, qu'un pur fait, lequel s'accomplit pour nous, et n'a de valeur légale pour aucun autre que nous?

M. Troplong, qui n'a pas essayé de répondre aux art. 2230 et 2236, mais qui a du moins essayé d'échapper à cette conséquence de l'art. 2228, n'est pas heureux non plus à cet égard ; et son observation, loin d'être une défense de son système, est une nouvelle arme contre lui.

Le savant magistrat cherche à expliquer cette alternative de la loi, QUE NOUS TENONS *soit par nous-même, soit par un autre*, par l'hypothèse d'un fermier, qui peut exploiter lui-même ou faire exploiter par un sous-locataire, et il nous présente ainsi ce fer-

Digitized by Google

mier comme étant possesseur par son propre fait, dans le premier cas, et possesseur par le fait du sous-locataire, dans le second. Or quoi de plus contradictoire que ceci? De deux choses l'une, évidemment : ou bien le droit d'exploitation qui résulte d'un bail donne à celui qu'on investit de ce droit et qui l'exerce, la qualité de possesseur, et alors il sera bien vrai, comme le prétend M. Troplong, que le fermier qui exploite lui-même sera un possesseur, mais il sera vrai aussi que le fermier qui, au lieu d'exercer son droit, le transmet à un autre par sous-location, n'aura plus cette qualité de possesseur, laquelle ne pourra plus appartenir qu'au sous-locataire, puisque chez ce dernier seul se trouve tant le droit d'exploiter que le fait de l'exploitation; ou bien le droit d'exploitation que confère le bail n'engendre, quant à la possession, qu'un pur fait qui laisse la qualité de possesseur chez celui qui a consenti ce bail, et alors il sera bien vrai que le fermier principal, en sous-louant, conserverait seul, (s'il l'avait) la qualité de possesseur, possédant par le fait de son sous-locataire, mais il sera vrai aussi que ce fermier n'a jamais eu cette qualité, laquelle était restée chez le propriétaire-locateur, possédant par le fait du dit fermier. Comment M. Troplong n'a-t-il pas remarqué que, quand le locataire se retire devant un sous-locataire, non seulement il ne peut pas avoir la possession civile (cette possession juridique et proprement dite qu'il n'a jamais), mais il n'a même plus cette détention matérielle et de pur fait qu'on appelle possession naturelle, puisque les faits de jouissance qui la constituent ne sont plus accomplis par lui, mais par le sous-locataire? Comment n'a-t-il pas vu dès lors que son système est irrévocablement condamné, non pas seulement par les art. 2230 et 2236, mais aussi par l'art. 2228, alors même qu'on s'en tiendrait à lui seul?

Quant à ce dernier argument de M. Troplong (que lui, toutefois, présente le premier et comme base principal de la solution), que les fermiers, dépositaires et autres détenant les choses *sine animo domini*, sont bien des POSSESSEURS dans le sens de la loi, puisque les textes répètent partout qu'ils POSSÈDENT *pour autrui*, le lecteur a déjà senti que c'est jouer sur les mots; que *posséder* POUR AUTRUI, bien loin de signifier *être possesseur*, signifie au contraire *être seulement l'agent et l'instrument du possesseur*, et par conséquent *n'être pas possesseur*. Non, posséder pour autrui, vendre pour autrui, acheter pour autrui, ce n'est pas être pos-

Digitized by Google

sesseur, vendeur, acheteur, c'est être l'instrument et le mandataire des personnes sur qui réside cette qualité. Si Paul, majeur et maître de ses droits, voulant consentir à mon profit une donation, envoyait pour mandataire, à l'effet d'accomplir l'acte, une femme mariée ou un mineur émancipé, M. Troplong dirait-il que cet acte est nul, attendu que le donateur était incapable? non certes; il dirait que donner pour autrui, ce n'est pas être donateur, que le donateur n'est autre que Pierre parfaitement capable de donner, et que, l'art. 1990 permettant de prendre pour mandataires des mineurs émancipés ou des femmes, l'acte ne saurait dès lors être critiqué. Or de même que donner pour autrui, ce n'est pas être donateur, de même, et encore une fois, posséder pour autrui ce n'est pas être possesseur.

La doctrine de M. Troplong manque donc d'exactitude, et celui-là seul est le possesseur d'une chose, dans le langage de la loi, qui la détient à titre de propriétaire. Et ce langage de la loi n'est-il pas aussi le langage du monde lui-même; et n'eût il pas fallu que le Code, pour admettre l'idée de M. Troplong, ne tînt aucun compte, non-seulement des traditions du droit romain et de notre ancien droit, mais aussi des idées et des termes règnant partout dans la société? Quand une personne demande, n'importe à qui et n'importe où : *qui est-ce qui posséde tel bien?* est-ce que jamais on lui répondra par le nom du fermier ou autre détenteur précaire du bien? Est-ce qu'on ne lui donnera pas toujours le nom du propriétaire (réel ou putatif) et sa question ne s'entendra-t-elle pas toujours comme synonime de celle-ci : *à qui ce bien appartient-il?* On dit partout les *vastes possessions* d'une personne dans le même sens que *vastes propriétés* ou *vastes domaines*; et partout aussi l'une des expression les plus ordinaires pour signifier la ruine d'un individu, c'est de dire *qu'il ne posséde plus rien*. Notre Code s'est donc conformé au sens habituel des mots comme aux traditions juridiques, en ne désignant par le nom de *possession* que la détention à titre de propriétaire.

IX. — De même qu'on a toujours admis qu'il n'y a de véritable possession que la détention exercée *animo domini* (et que l'on doit continuer de l'admettre, malgré la vive critique de M. Troplong), de même on a toujours admis aussi que lorsque la possession, qui n'est qu'un fait à son origine, est une fois revêtue du caractère d'annalité (et des autres conditions exigées par

Digitized by Google

la loi), elle constitue *un droit*. Or notre célèbre commentateur rejette ce second principe comme le premier, et n'y voit qu'une profonde méprise d'hommes qui n'ont pas eu l'esprit assez sagace pour échapper à une grave confusion.

Tous les jurisconsultes, sans exception, tant anciens que modernes, tant étrangers que français, ont enseigné comme chose manifeste que la possession annale est un droit. M. Troplong a voulu rompre cet accord de tous les lieux et de tous les âges, en proclamant lui-même (n° 234) que cette doctrine se trouve *dans tous les livres et dans tous les arrêts*. Or nous n'hésitons pas à dire que sur ce point encore, c'est M. Troplong qui a tort contre tout le monde. Rien, suivant nous, n'est plus exact que ces quelques mots de Toullier, lesquels, écrits pour une autre question, contiennent aussi la solution de la nôtre : « La loi exigea sagement « le laps d'une année de possession paisible, pour conférer au « possesseur *le droit de possession*, qui le fait provisoirement « présumer propriétaire... La simple possession ou détention « qui n'a duré qu'un instant, qu'un jour, qu'un mois, en un mot, « moins d'une année, est *un fait* qui ne confère *aucun droit* au « possesseur ou détenteur de la chose ; d'où résulte, par une « conséquence nécessaire, qu'il n'a aucune action pour s'y faire « maintenir ou réintégrer ; car l'action ne peut naître que d'un « droit (t. XI, n. 124 et 127). »

Ceci, disons-nous, contient la solution de notre question ; car puisque, d'une part, toute action suppose nécessairement un droit que cette action tend à faire reconnaître et respecter, et que d'autre part, la loi a organisé des *actions possessoires*, des *actions sur la possession*, c'est dire qu'il existe *un droit possessoire*, un *droit de possession !*

M. Troplong a essayé de répondre à ceci. « Sans doute, dit en substance le savant magistrat, partout où se trouve une action, il existe un droit, on ne peut pas nier des-lors qu'un droit existe dans ou sous la possession annale, puisque cette possession engendre des actions. Mais ce droit, qui existe incontestablement alors, n'est pas là où on l'a cru être, il n'est pas *dans la possession*, il est DANS LA PROPRIÉTÉ que cette possession fait présumer. Tout ce que la loi a mis dans la possession c'est *une présomption*, c'est à dire *un raisonnement*. Ce n'est que comme fait extérieur servant de manifestation à LA PROPRIÉTÉ que la possession a une valeur ; la posssesion est le fait, la propriété est le droit. Tous les

Digitized by Google

effets que par mégarde on attribue à *la possession* ne sont que les conséquences DE LA PROPRIÉTÉ présumée qu'elle signale; toutes les fois que la possession demande quelque chose à la loi, c'est à titre de PROPRIÉTÉ présumée qu'elle l'obtient... Pour ce qui est notamment des actions possessoires, la loi ne les donne qu'au PROPRIÉTAIRE présumé. C'est toujours la PROPRIÉTÉ qui agit ici. La PROPRIÉTÉ EST TOUT, et la possession s'efface dans ce droit, qui est sa cause (n° 237). »

Ainsi donc, suivant M. Troplong, la possession dans les actions et jugements possessoires, n'est qu'un fait servant de raisonnement et de moyen de preuves, et quant au droit sur lequel porte la contestation, quant à l'objet du débat, c'est *la propriété*; c'est *comme propriétaire* que le demandeur est écouté, *comme propriétaire* qu'il discute et qu'il est jugé; la possession n'est qu'un moyen, et quant au fond *la propriété est tout*. Or, n'est-ce pas précisément le contraire qui est la vérité? Comment! c'est la propriété qui est tout, qui fait le seul objet du débat, quand M. Troplong lui-même va nous expliquer plus loin (n° 293), que *l'idée capitale de la matière*, c'est de *régler ici les choses*, ABSTRACTION FAITE DE LA PROPRIÉTÉ!... Comment! c'est la propriété qui fait ici l'objet du jugement et la base des actions! mais alors ces actions sont donc *pétitoires*, il n'existe et ne peut exister nulle part *que du pétitoire*: et que signifie dès lors la loi quand elle sépare tellement le possessoire du pétitoire, qu'elle défend formellement de les cumuler jamais?... Comment! la question est une question de propriété; et voilà que si le défendeur essayait de combattre la possession du demandeur, c'est-à-dire *son raisonnement*, *son moyen de preuve* (selon M. Troplong), par des titres en règle donnant, sur cette question de propriété, une preuve plus forte et décisive, le juge l'arrêterait court en lui disant : *vous n'avez pas le droit de parler de propriété!...*

En vérité, une question de *propriété* dans laquelle il est *défendu de parler de propriété;* des actions *possessoires* qui sont nécessairement des actions *pétitoires*, mais qu'il faut se garder de confondre avec celles-ci, parce que, le possessoire étant *la même chose que le pétitoire*, l'un est cependant *tout le contraire de l'autre* et *incompatible* avec lui, c'est une théorie qui n'a pas besoin de se réfuter. Or, comme c'est le fond du système que nous combattons ici, on ne peut donc pas hésiter à le rejeter et à dire, avec Toullier, avec la Cour de cassation, *avec tous les livres et*

Digitized by Google

tous les arrêts; selon l'expression même de M. Troplong : — Que toute action supposant *un droit*, et la loi ayant organisé des actions spéciales sur la *possession*, pour régler cette *possession* en elle-même et *abstraction faite de la propriété*, c'est donc qu'il existe pour la loi *un droit de possession;* — que ce qui est prétendu par le demandeur, dans les actions possessoires, et à lui reconnu par le juge, c'est le droit d'être maintenu ou réintégré dans sa possession, et par conséquent le *droit de posséder*, et que ce droit de posséder, ou droit de possession, étant toujours prétendu (par le demandeur), contredit (par le défendeur), et reconnu ou dénié (par le juge), en lui-même et sans que nul dans le débat s'occupe ni puisse s'occuper du droit de propriété, c'est donc encore que le Code admet bien un droit de possession subsistant par lui-même et distinct du droit de propriété.

X. — Si M. Troplong, comme on vient de le voir dans les deux numéros précédents, rejette trop facilement d'anciennes idées qu'il faut évidemment admettre, on le voit quelquefois aussi réciproquement admettre d'anciennes idées qu'il faut évidemment rejeter. Nous en donnerons un exemple.

On sait que la possession ne s'acquiert que par la réunion *du fait* de la détention et *de l'intention* d'avoir la chose à titre de maître : *facto et animo*. Or, quant à l'intention, il est évidemment bien impossible d'admettre cette idée romaine, adoptée pourtant par M. Troplong (n° 254), que si, après avoir acheté une chose, je m'en laisse livrer, par erreur, un autre, je n'aurai la possession d'*aucune* : pas de la première, puisque je ne la détiens point, pas de la seconde non plus, *puisque*, dit M. Troplong, *je n'ai pas l'intention de la posséder!*

Comment le savant magistrat a-t-il pu reproduire cette fausse doctrine? Eh! quoi, vous me livrez un bien que je crois être celui que je vous ai acheté et payé, bien que je crois dès lors m'appartenir très-légitimement; je me mets et vous me mettez vous-même en jouissance de ce bien; je le fais travailler et m'en sers chaque jour, si c'est un cheval ou un bœuf; je le cultive, si c'est un champ; et on viendra me dire que je ne le possède pas! Eh quoi! je suis convaincu que ce bien est à moi, j'en use quotidiennement avec la pensée qu'il est ma chose, je me tiens pour son propriétaire et c'est à ce titre que je le prête, que je le loue, que j'en dispose comme je l'entends; et vous venez me dire sérieusement que je n'ai pas l'*intention de le posséder*, que je n'ai pas

Digitized by Google

animum domini, animum mihi rem habendi! Il est clair comme le jour, au contraire, que j'ai au plus haut degré possible cette intention de posséder, l'esprit de maîtrise, la volonté très-positive (et qui plus est, la conviction très-intime), d'en être le propriétaire.

Nous disons que la conviction est plus que la volonté; car je pourrais très-bien posséder une chose avec l'*animus domini, cum animo mihi rem habendi*, tout en sachant très-bien qu'elle ne m'appartient pas, et alors je serais possesseur de mauvaise foi, mais je n'en serais pas moins possesseur : je n'aurais pas la conviction, mais j'aurais la volonté, ce qui est suffisant pour constituer la possession; ici, au contraire, j'ai, avec la volonté, la conviction elle-même, je suis non-seulement possesseur, mais possesseur de bonne foi, et on vient me dire que je ne possède pas, et que par conséquent je ne pourrais jamais prescrire!...

Sans doute, je suis ici dans l'erreur, puisque je crois posséder la chose que j'avais achetée, et que c'en est une autre; mais l'erreur n'empêche pas la possession.

Sans doute, la chose que je possède n'est pas celle que, dans l'origine et lors de l'achat, j'avais eu l'*intention de me procurer*, et c'est dans ce sens que M. Troplong a pu dire, sans remarquer qu'il jouait avec les mots et faisait confusion, que JE N'AI PAS EU *l'intention de la posséder*; mais autre chose est l'intention originaire, le projet primitif que j'avais de me procurer tel objet, autre chose l'intention de posséder, l'*animus domini*, l'esprit de maîtrise que j'ai aujourd'hui sur tel autre objet : il ne s'agit pas, pour la question de prescription et de possession, de savoir si j'ai voulu acheter telle chose ou telle autre, ni même si j'ai acheté quelque chose; tout ce qui importe, c'est de savoir si, pour telle chose que je détiens corporellement, j'ai, oui ou non, l'esprit de maîtrise et de propriété : du moment que j'ai cet esprit de maîtrise, *animum domini*, j'ai la possession.

XI. — C'est un principe incontestable et incontesté que d'un auteur à son successeur universel il n'y a qu'*une seule et même possession* qui se continue de l'un à l'autre, tandis que dans le cas de successeur particulier, c'est une *seconde possession* qui peut s'ajouter à la première.

M. Troplong proclame ce principe de la manière la plus nette. « Les successeurs universels, dit-il, représentent celui dont ils « tiennent la place..., *ils ne commencent pas une possession nou-*

Digitized by Google

« *velle*, ILS CONTINUENT *la possession de leur auteur* (nº 429). Les « possesseurs particuliers peuvent *joindre à leur possession celle* « *de leur auteur... Il y a là* DEUX POSSESSIONS DISTINCTES » (nº 431).

Or, puisque dans le cas d'un successeur à titre singulier, il y a deux possession distinctes, il en résulte donc notamment : 1° que si l'auteur n'a possédé que précairement, le successeur particulier, acheteur ou autre, ne sera pas, lui, un détenteur précaire, sa possession sera utile ; et si celle de son auteur ne peut pas, il est vrai, lui compter, du moins la prescription courra du jour où lui-même aura personnellement possédé, art. (2239) ; 2° que si l'auteur était de mauvaise foi, le successeur particulier n'en pourra pas moins, étant de bonne foi, prescrire par dix ou vingt ans : sans doute il ne pourra pas *compter* dans ce délai la possession de l'auteur ; mais il aura le choix, ou de prescrire par trente ans en comptant cette possession, ou d'en faire abstraction pour prescrire par dix ou vingt ans, choix qui n'appartiendrait pas à un successeur universel, forcément réduit dans ce cas à la seule prescription trentenaire ; 3° que si, au contraire, l'auteur était de bonne foi, et le successeur particulier de mauvaise foi, ce dernier, qui dans l'hypothèse précédente avait plus d'avantage qu'un successeur universel, en aurait moins ici : tandis que ce successeur universel (puisque sa possession n'est que la continuation de celle de son auteur), prescrirait par dix ou vingt ans, malgré sa mauvaise foi personnelle, le successeur particulier, lui, ne pourrait, dans ce même cas, prescrire que par trente ans.

M. Troplong cependant n'admet pas cette dernière solution. Il veut (nº 432) que le successeur particulier qui est de mauvaise foi puisse toujours tirer, de la possession de bonne foi de son auteur, le même avantage qu'un successeur universel, et la raison qu'il en donne, c'est qu'aux termes de l'art. 2269, *il suffit que la bonne foi ait existé au commencement de la possession.* Il reconnait bien que sa doctrine était partout rejetée dans l'ancien droit écrit (qui pourtant admettait aussi la règle de l'art. 2269) ; mais il prétend que « sous le code civil, il n'y a aucune différence à « faire à cet égard entre les successeurs universels et particuliers, « et que la survenance de la mauvaise foi ne nuit pas plus aux « uns qu'aux autres. » D'après ce principe, M. Troplong combat notamment la doctrine de Voët et autres auteurs qui, dans l'hypothèse d'un immeuble successivement vendu par *Primus à*

Digitized by Google

Secundus, puis par celui-ci à *Tertius*, puis à *Quartus* et enfin à *Quintus*, et qui a été possédé de mauvaise foi par *Tertius* et de bonne foi par les quatre autres, décident que le cinquième possesseur ne pourra compter la possession de ses quatre auteurs que pour la prescription trentenaire, et que s'il veut invoquer la prescription de dix ou vingt ans, la possession de *Quartus* pourra seule s'ajouter à la sienne, attendu que celle de *Tertius* ne peut, dans le calcul d'une prescription fondée sur la bonne foi, ni se compter, puisqu'elle est de mauvaise foi, ni permettre de compter les deux précédentes, puisqu'elle rompt la continuité entre elles et les deux suivantes. Le savant magistrat veut qu'il en soit autrement et que *Quintus* puisse, même pour la prescription décennale, compter toutes les possessions réunies de ses quatre auteurs, par la raison, encore une fois, qu'il suffit qu'il y ait eu bonne foi au début de la possession.

Cela ne saurait être admis. Sans doute il suffit que la bonne foi ait existé au début de la possession, et il suit bien de là que tant qu'il n'y aura qu'une seule possession (soit parce qu'il n'y a eu, de fait, qu'un seul possesseur, soit parce que les divers possesseurs qui se sont succédé ne font légalement qu'un), il suffira qu'il y ait eu bonne foi au commencement, et la mauvaise foi survenue dans le cours de cette possession unique sera insignifiante; mais quand, en droit comme en fait, il y a eu plusieurs possesseurs, plusieurs possessions, n'est-il pas clair que chacune de ces possessions doit, pour être efficace, réunir les conditions voulues? Quand vous invoquez *cinq possessions* (que vous êtes autorisé à réunir, parce qu'elles se sont succédé sans intervalles), il faut qu'on trouve *cinq fois* les qualités exigées pour prescrire : si vous ne demandez que la prescription trentenaire, il suffira de trouver dans chacune des cinq possessions les conditions de l'article 2229, et la bonne foi ne sera nécessaire nulle part; mais si c'est à la prescription de dix ou vingt ans que vous prétendez, il faudra qu'on trouve cinq fois la bonne foi *au début*, et tout ce qui résulte pour vous de l'art. 2269, c'est qu'il serait indifférent qu'on trouvât, même cinq fois aussi, la mauvaise foi survenant dans le cours de chaque possession. Ainsi, supposons que chaque possession ait duré deux ans, pendant les premiers mois seulement avec bonne foi, et pour tout le reste avec mauvaise foi : la prescription décennale et par bonne foi sera légalement accomplie, grâce à la disposition favorable de l'art. 2269, quoique sur

Digitized by Google

dix années la mauvaise foi en ait duré neuf, la bonne foi une seulement, et que sur les cinq possesseurs pas un seul n'ait été de bonne foi constamment! Voici ce qui résulte de la combinaison de notre art. 2235, qui permet la jonction des possessions, avec l'art. 2269 qui se contente de la bonne foi au début de la possession; mais c'est évidemment tout ce qui en résulte, et c'est bien assez en effet...

M. Troplong dit en vain que, puisque la mauvaise foi d'un successeur universel est indifférente, il en doit être de même de celle du successeur particulier, et qu'on ne saurait donner une bonne raison de la différence. Cette raison est précisément dans ce principe reconnu et développé par le savant magistrat lui-même, que dans le cas de successeurs universels *il n'y a qu'une possession*, tandis que dans le cas de successeurs particuliers *il y a plusieurs possessions distinctes*. Du moment qu'il y a plusieurs possessions, et partant *plusieurs commencements de possession*, il faut bien qu'il y ait plusieurs fois existence de bonne foi. La loi demandant la bonne foi *au moment de l'acquisition*, il faut donc qu'on trouve la bonne foi *cinq fois*, quand il y eu *cinq acquisitions*...

En vain également le savant magistrat nous dit que la loi, en autorisant la jonction des possessions, entend qu'elles feront un tout indivisible, aussi bien que si la même personne eût toujours possédé. Car d'une part, ceci revient à dire que par leur jonction les possessions multiples en fait deviendront ici en droit une seule et unique possession; or cette proposition serait précisément le renversement du principe si nettement proclamé par M. Troplong lui-même. D'un autre côté, si cette objection de M. Troplong se trouve ainsi condamnée par un motif juridiqne, elle ne l'est pas moins par une considération de morale et d'équité que nous allons signaler en terminant... En d'autres termes, à cette idée de M. Troplong que les possessions réunies dans le cas de successeurs particuliers sont à considérer, quant à la bonne ou mauvaise foi, comme une seule et même possession à l'origine de laquelle la bonne foi suffirait, nous répondons que non-seulement la loi n'a rien dit de semblable, mais qu'en effet elle ne devait pas le dire.

Dans le système de M. Troplong, il y aurait parité de position et mêmes titres à l'indulgence de la loi entre l'individu qui, après avoir acquis un bien de très-bonne foi, arrive plus tard à voir

Digitized by Google

qu'il ne lui appartient pas et devient ainsi possesseur de mauvaise foi, et celui qui acquiert avec mauvaise foi d'un possesseur de bonne foi. Ainsi, quand Paul vient, avec mauvaise foi, acheter à Pierre et posséder pendant cinq ans l'immeuble que celui-ci possédait de bonne foi depuis cinq autres années, c'est la même chose, suivant M. Troplong, que si Pierre, après avoir acquis et possédé le bien de bonne foi pendant cinq ans, découvrait son erreur et le possédait de mauvaise foi pendant les cinq années suivantes : dans les deux cas, suivant lui, le résultat doit être le même ; la bonne foi doit suffire de part et d'autre, parce que de part et d'autre elle a existé au commencement des dix années ; la mauvaise foi ne doit pas être traitée plus sévèrement d'un côté que de l'autre, parce que des deux côtés elle n'est survenue qu'après une précédente possession, tandis que celle de Paul existant au moment même où il acquérait, serait complétement indifférente. Or qui ne voit, au contraire, que cette circonstance est capitale et décisive? Autant celui qui acquiert de bonne foi et ne connaît que plus tard le vice de son contrat est digne d'indulgence et de pardon pour sa mauvaise foi postérieure, autant en est indigne celui chez qui cette mauvaise foi existe au moment même de l'acquisition. Quand Pierre a consciencieusement acheté et payé l'immeuble qu'il reconnaît plus tard n'avoir plus appartenu à son vendeur, insolvable peut-être au moment de cette découverte, peut-on vraiment le punir bien sévèrement de n'avoir pas été prévenir le propriétaire et lui rendre son bien, en accomplissant ainsi un acte de délicatesse qui lui aurait coûté 50,000 fr., 100,000 fr., toute sa fortune peut-être? La loi civile pouvait-elle vraiment n'accorder le bénéfice de la bonne foi qu'à celui qui, selon les cas et quand besoin serait, pousserait ainsi la délicatesse jusqu'à la consommation de sa ruine, alors qu'il n'a pourtant aucune faute à se reprocher; et ne doit-elle pas excuser cet homme, placé sans sa faute dans une position si critique, d'avoir gardé le secret pour arriver au plus tôt à la prescription?... Quand il s'agit, au contraire, d'un acquéreur qui était de mauvaise foi au moment même de l'acquisition, cette acquisition a été de sa part (quelle qu'ait pu être la bonne foi originaire de son vendeur) un acte de friponnerie que rien n'excuse et qui ne mérite assurément aucune indulgence.

La solution de M. Troplong est donc inadmissible à tous égards; et on pourrait ajouter qu'elle eût dû l'être pour lui plus encore

Digitized by Google

que pour nous. Le savant magistrat, en effet, ne se contente pas, comme nous, de trouver *indulgente* la disposition qui absout un possesseur de sa mauvaise foi postérieure, à raison de sa bonne foi originaire; il est bien autrement sévère pour cette disposition; ne remarquant pas le motif, bien raisonnable, ce nous semble, que nous venons d'en donner, il la trouve inexplicable et la déclare nettement *en opposition avec la morale* (n° 936). Or si cette idée était vraie, si l'article 2269 était contraire à la morale, quand à raison de la bonne foi du moment de l'acquisition il efface la mauvaise foi finale de l'acquéreur, comment donc pourrait-on en étendre le bénéfice, par une prétendue analogie qui est loin d'exister, au fripon qui achète de mauvaise foi, sous prétexte qu'il y a eu bonne foi chez son vendeur? Si dans le cas d'un possesseur plus malheureux que coupable c'était une immoralité, que serait-ce donc dans l'autre cas? Evidemment M. Troplong se trompe encore en ceci : telle qu'elle existe dans le Code, la disposition de l'art. 2269 n'est qu'indulgente et non point immorale; mais elle le deviendrait, si on lui donnait l'extension proposée par le savant magistrat.

V. MARCADÉ.

DE L'INFLUENCE DE DUMOULIN SUR LA LÉGISLATION FRANÇAISE.

(Suite [1].)

CHAPITRE III. — Dumoulin considéré commé légiste. Lutte contre l'Eglise.

I. *La renaissance et la réforme en France.* — Dumoulin disait vrai. Sa tâche n'était qu'à demi remplie. La féodalité était terrassée; on n'en devait plus trouver trace dans ses livres; elle n'existait plus ni pour la science, ni pour le pouvoir; mais la royauté avait en face, au seizième siècle, une autre puissance qu'elle était parvenue à éloigner jusque-là par des armistices, et avec laquelle il lui fallait tôt ou tard en venir aux mains.

Dumoulin comprit que la lutte qu'il allait soutenir contre la

[1] V. *suprà*, pag. 603 et suiv.

Digitized by Google

papauté serait bien différente de celle qu'il avait soutenue contre la féodalité; il sentit que la puissance qu'il allait combattre n'était pas, comme celle qu'il avait combattue déjà, vaincue dans l'ordre des faits; il vit enfin, homme de génie qu'il était, que les bases surnaturelles sur lesquelles reposait l'Eglise, tant comme pouvoir que comme doctrine, résisteraient plus invinciblement à ses attaques que les prétentions du régime féodal, forme gouvernementale d'un jour.

Aussi, quittant le genre de vie qu'il s'était faite, lorsqu'il était descendu dans la lice pour lutter contre la féodalité, noua-t-il ces liens de mariage qu'il avait, dès le principe, si violemment brisés; Louise de Beldon devint son épouse; il en fit son Mécène, la compagne assidue de ses travaux et de ses triomphes; la sphère dans laquelle il allait s'engager devait être brûlante de passions religieuses et politiques; il sortit de sa retraite comme pour s'animer au souffle ardent des controverses qui embrasaient alors le monde [1].

La France, au seizième siècle, ne pouvait rester indifférente aux idées de réformes et de progrès qui remplissaient l'Europe: alors, comme aujourd'hui, elle marchait à la tête des nations.

L'esprit français est généreux et mobile à la fois; les grandes idées le frappent; les grandes choses le saisissent, et il se les attribue avec une facilité digne de remarque; mais aussi il leur imprime un cachet d'originalité qui les lui approprie en quelque sorte.

La renaissance, en Italie, atteignit le plus haut degré auquel il pût être donné à l'esprit humain de prétendre : Michel-Ange et Raphaël posèrent les limites de l'art, et leur génie, comme la coupole de Saint-Pierre de Rome, va se perdre dans les nues. Arioste et Tasse donnèrent à la langue un éclat qu'elle n'a pas retrouvé depuis eux.

[1] « Vos, juvenes casti, et Deum timentes, cavete ne credatis istis matrimonii vituperationibus, quemadmodum ego usque ad annum ætatis 35 meo damno credidi. » (Dumoulin, *Annotat. ad jus pontif., ad secundam part. decr., causa* 17, 9, 2.) — « Studiorum meorum Mæcenas, fidelissima uxor Ludovica Beldonia,... quæ... studiis meis otia suppetebat. » (Dumoulin, *Déd. du Style du Parlement.*) — « Beldonia erat filia Joannis, notarii et secretarii regii atque exceptoris publici præsentationum in curiâ, ut vocant. Hæc quotidie circà horam diei decimam solita erat musæum viri adire, eumque benignè et modestè abigere, utque in Palatium iret monere et hortari; quòd ad necessarios et domesticos sumptus, lucrum diceret liberis necessarium. » (Mornac, *Molin. vita.*)

Digitized by Google

En France, la renaissance prend un caractère transitoire ; l'esprit s'essaie et réserve au siècle suivant la gloire de fixer les bornes dans les sciences et dans les lettres. La poésie se rattache aux vieux souvenirs gaulois avec Marot, ou s'éprend, pour la Grèce et Rome, d'un amour fanatique avec Ronsard et sa pléiade [1]. Malherbe n'est pas encore venu. La philosophie hésite entre les anciennes traditions de l'esclavage scolastique dont elle vient de briser les liens, et le doute absolu de Montaigne. Entre ces deux principes, il y a un abîme : vienne le dix-septième siècle, et Descartes le franchira.

En Allemagne, la réforme eut pour résultat de détruire et de renverser sans but ; Luther ne fut, en dernière analyse, qu'un ardent démolisseur, dont les vains efforts de réédification étaient sans cesse paralysés par le principe même qu'il leur assignait ; loin de soutenir l'œuvre du maître, dans l'ordre moral, ses disciples semblèrent s'être donné la mission de la combattre en face ; les horreurs de Munster furent, dans la sphère sociale, la preuve éclatante de son impuissance. Née d'une *querelle de moines*, ainsi que parlait Léon X, la réforme allemande ne pouvait enfanter que la haine, le pillage et la mort.

La réforme, en France, tenta quelques essais de constitution sérieuse, et Calvin, s'il ne réussit pas à organiser, s'efforça du moins d'y parvenir. Il fit de Genève un État à part, avec ses lois, ses institutions, ses tribunaux et ses magistrats ; il y eut, dans sa réforme, un but d'application sociale.

A un autre point de vue, la réforme prit en France un caractère politique. La féodalité, vaincue au commencement du siècle par la royauté, se rallia aux ennemis religieux du pouvoir. Le roi sévissait contre les calvinistes, adversaires nés de son pou-

[1] On sait de quelle façon la pléiade, dans une fête à Arcueil, décerna à Jodelle le prix de la tragédie. Ronsart, qui dirigeait cette ovation, renouvelée des jeux Olympiques, en parle ainsi :

« La brigade qui lors au ciel levait la teste
« (Quand le temps permettait une licence honneste),
« Honorant son esprit gaillard et bien appris,
« Lui fit présent d'un bouc, des tragiques le prix. »

Il parait même que le bouc fut sacrifié, au milieu des danses et au chant des dithyrambes, quoique Ronsard s'en défende, sans doute pour écarter l'accusation d'idolâtrie que ses ennemis avaient, s'armant de cette folie, portée contre lui et sa pléiade.

Digitized by Google

voir; les seigneurs féodaux se firent calvinistes contre le roi, pour ressaisir leur puissance. A cette époque, les guerres de religion furent des guerres de parti. Qu'était la Ligue, sinon une coalition politique sous des apparences religieuses? Que fut la conjuration d'Amboise, sinon le dernier complot féodal sous des dehors religieux? Que fut enfin la Saint-Barthélemy, sinon un massacre politique couvert de prétextes religieux?

II. *Dumoulin protestant.* — Les légistes français du seizième siècle étaient liés, par une conséquence fatale, au catholicisme. Ils étaient, avant tout, les soutiens de la royauté contre la féodalité, les appuis du pouvoir contre l'anarchie. Or, Luther poursuivait de ses attaques implacables l'empereur comme le pape, l'autorité politique comme l'autorité religieuse. Les légistes ne pouvaient être luthériens. Calvin, moins hostile en apparence aux puissances de la terre, ne l'était pas moins en réalité; il avait rêvé une démocratie religieuse et politique. Les légistes ne pouvaient être calvinistes. Dans la religion catholique seule ils trouvaient, pour l'autorité qu'ils défendaient, une base sûre et inébranlable. Dumoulin, ce logicien si rigoureux, brisa le lien de la logique, il devint protestant.

Il choisit néanmoins, entre les sectes doctrinaires, celle dont les principes pouvaient le mieux s'allier à ses tendances de légiste. Il avait embrassé d'abord le calvinisme; il l'abandonna plus tard, lorsqu'il eut reconnu que ses coreligionnaires prêchaient partout le renversement de l'autorité royale; qu'ils *détractoient*, ainsi qu'il parle lui-même, *les juges royaux, les appelant juges prophanes et iniques, défendans y avoir recours;* qu'ils voulaient *réduire tout le royaume à la subjection et estat populaire de Genève, changer et renverser la police du royaume de France aux dépens même du peuple de France;* qu'enfin ils entreprenaient *sur les loix des mariages tant ecclésiastiques que civils, mariant les conjoints en degrez de consanguinuité prohibez*, et tentaient, en un mot, *d'ériger un nouveau règne dans le royaume, ennemy de tous les estats*[1]. Il suivit la confession d'Augsbourg.

Fidèle image de son auteur Mélanchton, la confession d'Augsbourg était une sorte de compromis entre Rome et Luther, un accommodement entre la vérité et l'hérésie. D'une main elle

[1] *Articles présentez par Me Charles du Moulin contre les ministres de la religion prétendue réformée*, art. 5, 6, 29 et 31.

Digitized by Google

proscrivait la papauté, et de l'autre elle soutenait les trônes chancelants des petits princes allemands qui l'avaient signée. Elle était née pour eux d'une corrélation nécessaire entre leur pouvoir politique et leur foi religieuse. La doctrine du moine saxon menait leur puissance à néant. Ils voulaient, tout en abritant sous sa religion leur ambition mesquine, protéger leur autorité contre cette religion même. Entachée d'une évidente contradiction, la confession d'Augsbourg était la preuve la plus frappante de l'impuissance politique et sociale de la réforme.

Telle est la bannière sous laquelle se rangea Dumoulin [1].

III. *Traité des fiefs.* — La lutte de Dumoulin avec Rome ne commença, à vrai dire, qu'en 1552. Mais, longtemps avant cette époque, on peut entendre gronder sourdement l'orage.

Ouvrez le *Traité des fiefs*, vous y trouverez, exprimée en maint endroit, cette idée qui est la pierre angulaire du système de Dumoulin sur les rapports de l'Église et de l'État, à savoir qu'en France il n'y a qu'un souverain, le roi; qu'une justice, la justice du roi; qu'une loi, la loi du roi.

L'Église a des fiefs; il y a des seigneurs ecclésiastiques, de même qu'il y a des seigneurs féodaux; les principes qui régissent la féodalité politique régiront aussi la féodalité religieuse.

Et videtur idem dicendum quod in alio quovis vassalo..., Si Ecclesia recepit feudum, et non servat conditiones feudorum, ab eâ aufertur feudum, sicut à privato [2].

L'Église rend la justice, elle a des juridictions et des juges; mais elle ne tient son pouvoir judiciaire que d'une délégation royale; et, au regard de la justice, les juges ecclésiastiques sont des juges laïques. *Tenet jurisdictionem tanquam persona laica, et non tanquam persona ecclesiastica* [3]. Encore ne sont-ils pas, non plus que les juges seigneuriaux, des juges du droit commun,

[1] Dumoulin, *Collatio et unio quatuor evangelistarum. Annotationes*, *pars* 8e, J., v. 5, in vo *Principio*, no 8. Exposé de doctrine sur le mystère de la Trinité. *Pars* 10e, J., v. 5, in vo *Et spiritu*. J., v. 1, *in* vo *Bap tizaret*, sur le baptême. *Pars* 51a, J., v. 28, 29 et suiv., sur la présence réelle dans l'Eucharistie. *Id.*, *pars* 95a. in vo *Hoc est corpus meum*. Voir de plus la *Deffense de messire Charles du Moulin*, etc., par maistre Simon Challudre, professeur de saintes lettres, nos 27, 28, 29, 30, 38, 39 et suiv.; 46, 50 et suiv.; 70, 71, 74, 76, etc.

[2] Dumoulin, *Traité des fiefs*, § 43, gl. 1, nos 72 et 74.

[3] *Id.*, *ibid.*, § 60, gl. 1, no 21.

Digitized by Google

mais des juges exceptionnels comme eux, et, comme eux, soumis à la juridiction royale[1]. En dehors d'une délégation, l'Église n'a point de pouvoir judiciaire temporel ; aussi n'est-elle point juge alors des matières féodales, même en ce qui regarde les clercs possesseurs de fiefs ; *omnis causa feudalis est temporalis, et ad judicem secularem pertinet privativè ad ecclesiasticum*[2].

L'Église est, dans l'État, sujette du roi, soumise dès-lors, comme tous les sujets, aux constitutions royales. Dans ses rapports temporels avec lui, elle dépouille son caractère exceptionnel, et revêt le caractère commun de tous les sujets ; ses temples sont du domaine séculier, et le crime qui les souille, vînt-il de la main impie d'un clerc, retombe dans les attributions de la justice séculière du lieu. *Cognitio et punitio delicti commissi in ecclesiâ, æque spectat ad judicem secularem loci ; et ad eum debet remitti, ac si esset commissum in loco prophano*[3]. *Captura clerici, et in ecclesiâ, spectat ad judicem secularem*[4].

S'agit-il des rapports du pape et du roi, le principe sera le même. L'autorité de Rome, ses lois, ses ordres, n'auront aucune force en France par eux-mêmes ; il leur faudra, pour obtenir une exécution libre, l'assentiment du roi, qui les vivifiera.

Les canons et les décrétales ne lient les sujets du roi qu'autant qu'ils ont été reconnus lois du royaume. La France ne reconnaît point le pape pour son souverain. Là où un droit de juridiction n'a point été expressément concédé par le roi, le pape ne peut faire aucun acte d'autorité, qui ne soit de plein droit vicié dans son essence, et ne tombe faute de fondement. *Respectu bonorum temporalium, etiam Ecclesiæ in hoc regno consuetudinibus regni, legibus et consuetudinibus regis Franciæ, et non jure canonico vel legibus pontificiis, regulantur et judicantur*[5]. *Non spectat ad papam condere leges in temporalibus*[6].

Quelles seront les limites de la sphère temporelle auxquelles Dumoulin borna la puissance du roi ? Où commencera le domaine du pape ? Il ne le dit pas. On verra plus tard quel parti il saura tirer de ces principes encore indéfinis.

[1] Dumoulin, *Traité des fiefs*, § 50, gl. 1, nos 22 et 23.
[2] *Id.*, *ibid.*, nos 20, 22.
[3] *Id.*, *ibid.*, § 51, gl. 2, n° 65.
[4] *Id.*, *ibid.*, n° 66.
[5] *Id.*, *ibid.*, § 43, gl. 1, n° 40.
[6] *Id.*, *ibid.*, § 51, gl. 1, n° 93 ; § 42, gl. 1, nos 9, 10, 11.

Digitized by Google

Quoi qu'il en soit, soumission absolue de l'Église à l'État. Nous sommes au premier degré de la lutte. Dumoulin combat la papauté, comme il a combattu la féodalité, à armes courtoises, à l'aide de la logique et du droit. Il n'est encore ici que légiste, bientôt on verra percer le protestant.

IV. *Conseil de* 1542. — *Tractatus usurarum*, etc. — Il faut, dans cette matière, suivre Dumoulin pas à pas, si l'on veut saisir nettement le caractère de son influence. Le légiste suit dans ses livres les diverses phases de la lutte religieuse; partout il la retrouve, même au milieu des sujets qui lui sont en apparence les plus opposés.

Fatigué de temporiser avec le calvinisme à peine éclos qui déjà envahit le royaume et l'agite par ses proclamations séditieuses, François Ier sévit contre les dissidents, les traite en rebelles, met leur tête à prix, frappant du même coup et les hérétiques et ceux qui les recèlent, offre enfin une prime à la délation [1]. La conscience de quelques conseillers au parlement de Paris, un peu dissidents, j'imagine, vient à s'émouvoir. Doivent-ils croire au témoignage des délateurs, ou trahir les ordres du roi? Dumoulin est consulté. La question toutefois ne lui est pas posée aussi nettement, on craint les rigueurs du bras qui a livré Louis de Berquin au bûcher. Doit-on ajouter foi aux serments des délateurs qui, pour surprendre les hérétiques, ont feint d'adopter avec eux l'hérésie? Voici la conclusion du légiste : *Nullam fidem adhibitam hujusmodi delatoribus; nec eos capaces esse testimonii, tum quia delatores, tum quia affectati, tum quia per suum testimonium criminosi, tum quia res probrosa et pessimi exempli, tum ex parte judicum. Nec incidant in sententiam Christi: Majus peccatum habet qui me tradidit tibi* [2]. Le développement des motifs qui l'appuient révèle le luthérien juriste, invoquant à la fois Justinien et saint Paul, le Digeste et l'Évangile, les docteurs et les apôtres, et frappant d'un même anathème Caïphe et les magistrats, fidèles observateurs de l'ordonnance de 1534 [3].

[1] Isambert, *Recueil*, etc., t. XII, p. 402, 676, 785, 818. Ordonnances et édits de François Ier relatifs aux luthériens, des 29 janvier 1534, 1er juin 1540, 30 août 1542 et 23 juillet 1543. Voir dans le même recueil (t. XII, p. 820) les lettres de publication de vingt-cinq articles de foi arrêtés par la faculté de théologie de Paris contre les erreurs des calvinistes, en date du 23 juillet 1543.

[2] Caroli Molinæi, *Consilia.; cons.* 43um, no 25.

[3] *Id.*, *ibid*, nos 1, 3, 5, 10, 18, 22.

Digitized by Google

Plus tard, en 1546 et 1547, Dumoulin écrit sur les *contrats, usures, rentes, interests et monnoyes*, soutient contre les théologiens la légitimité du prêt à intérêt, cherchant déjà dans la conduite des papistes, ainsi qu'il les appelle, la réfutation de leurs propres doctrines, discute l'Évangile, et, Aristote en main, restitue contre Henri de Gand les textes de saint Matthieu [1].

L'année suivante, il annote les Conseils de Dèce *In jus pontificium*, et les Commentaires de Dynus *In regulas juris pontificii;* dans ses remarques, brèves comme une maxime, complètes comme un principe, vous le trouverez continuant son œuvre du *Livre des Fiefs*, soutenant l'autorité royale dans sa plénitude contre les règles de droit religieux, attaquant l'avidité des ministres fiscaux de la cour de Rome, flagellant le pape et les décrétales, et proscrivant les empiétements du droit canon. Vous verrez en même temps le doctrinaire discuter sur le péché, et expliquer, contre l'infaillibilité du pape, le texte de l'Évangile [2].

Enfin, en 1550, il jette au milieu d'un ouvrage de procédure, le *Stilus antiquus curiæ supremæ et amplissimæ Parlamenti Parisiensis*, un avant-propos à son commentaire de l'édit des petites dates. Les règles de la juridiction royale s'y présentent plus nettes à l'encontre des juridictions ecclésiastiques; elles prennent déjà une allure législative [3], et l'on proclame en principe leur supériorité dans les matières civiles, sauf les exceptions qu'on s'appliquera désormais à restreindre [4]. On y relate, à l'encontre de la papauté, les ordonnances de Louis IX, qui affermissent contre les empiétements étrangers le droit d'élection des cathédrales et le droit de collation des bénéficiers [5]. On y reproduit les édits de Philippe le Bel qui assurent contre les clers la juste punition de leurs crimes, lorsque la négligence ou la complicité épiscopale leur a ouvert la porte de leur prison [6]. On y montre Charles VI s'intitulant le patron des Églises de son royaume,

[1] *Somm. analyt. des contr., usures*, etc., nos 28, 32, 48, 52 à 66.

[2] *Annotationes in cons. Philippi Decii*, etc., p. 1560, in vo *Minoribus*, in vo *Et tamen*, in vo *Verior;* p. 1579, in vo *Episcopis;* p. 1584, in vo *Stare;* p. 1592, in vo *Ludovicus;* p. 1595, in vo *Alius;* p. 1607, in vo *Jejunii;* p. 1640, in vo *Pasce*.

[3] Dumoulin, *Stilus antiquus curiæ*, etc., pars 1a, c. XXIX, § 4 et 5.

[4] *Id., ibid.*, pars 2e, c. III, IV et V.

[5] *Id., ibid.*, pars 3e, t. III, § 1.

[6] *Id., ibid.*, pars 3e, t. XXX, § 2.

Digitized by Google

Ecclesiæ regni nostri, quarum patronus esse dicimur[1], et protégeant son autorité contre les entreprises audacieuses des dignitaires ecclésiastiques[2]. — Les rois de France ont conquis de leurs propres mains les Etats du pape[3], et plus tard ils ont été forcés d'arrêter par d'énergiques prohibitions les richesses de leurs sujets que la cour de Rome absorbait sans droit[4]. — Dumoulin énumère ensuite, sur la foi d'un ancien jurisconsulte, les prérogatives royales; le principe est déjà connu : *Rex nullum in temporalibus recognoscit, nec recognoscere tenetur*[5]. Les conséquences suivent de près : *Rex Franciæ potest, inconsulto papâ, subsidia imponere viris ecclesiasticis pro defensione regni*[6]. *Rex Franciæ a nullo sui regni antistite potest excommunicari*[7]. — *Rex obtinet ut obtinere possit præbendas in ecclesiis regni sui*[8]. *Rex Franciæ pleno jure confert beneficia et dignitates ecclesiasticas*[9]. *In electione prælati requiritur regis consensus*[10]. — *Episcopi regni Franciæ tenentur regi jurare fidelitatem*[11]. — *Rex habet cognitionem causarum civilium inter personas ecclesiasticas in possessorio de causis spiritualibus*[12]. *Papa non legitimat nec restituit in regno Franciæ, sed solus Rex*[13]. Enfin, recueillant les arrêts mémorables du parlement, il semble tracer à ce corps judiciaire et politique à la fois, la route que ses descendants suivront si fidèlement jusqu'en 1789[14].

Je demandais, il y a un moment, au sortir du *Traité des fiefs*,

[1] Dumoulin, *Stilus antiquus curiæ*, etc., pars 3a, t. XXXVII, § 1.

[2] *Id., ibid.*, pars 3a, t. XLIV, § 10.

[3] *Id., ibid.*, t. XLIV, na *in* vo *Devotio*.

[4] *Id., ibid.*, pars 3a, t. XLVI, § 4.

[5] *Id., ibid.*, pars 4a, § 1, *Et ideo scriptum est quòd non est feudum.*

[6] *Id., ibid.*, pars 4a, § 4.

[7] *Id., ibid.*, pars 4a, § 6. On cite à l'appui des bulles de Clément V et de Jean XXII, et des arrêts du Parlement de 1382, 1299 et 1507.

[8] *Id., ibid.*, pars 4a, § 7. *Non obstante quod laici ecclesiis præfici non debent.*

[9] *Id., ibid.*, pars 4a, § 8. *Licet jus conferendi præbendas adeò sit spirituale, ut laicis non conveniat.*

[10] *Id., ibid.*, pars 4a, § 9.

[11] *Id., ibid.*, pars 4a, § 10.

[12] *Id., ibid.*, pars 4a, § 11.

[13] *Id , ibid.*, pars 4a, § 15.

[14] *Id., ibid.*, pars 5a, *Quæst.* 9, 20, 21, 22, 31, 33, 34, 35, 37, 45, 52, 53, 56, 74, 82, etc.; pars 7a, *Quæst.* 50, 51, 61, 66, 76, 78, 85, 86, 87, 88, 90, etc.

Digitized by Google

quelle était, dans l'esprit de Dumoulin, la limite de la juridiction attribuée au pape en France : on peut maintenant répondre avec raison qu'elle ne dépassait guère les bornes du royaume.

V *Caractères des luttes religieuses en France.* — Dans toutes les querelles religieuses suscitées jadis entre Rome et la France, il faut toujours distinguer deux choses, la forme et le fond ; la forme, qui le plus souvent cache le fond ; le fond qui, en réalité, l'emporte sur la forme.

A quelque époque qu'on se place, on trouve la lutte engagée en apparence sur le terrain des bénéfices ecclésiastiques, c'est là la forme. A quelque moment qu'on s'arrête, on voit les principes de l'autorité religieuse aux prises avec les principes de l'autorité politique, c'est là le fond.

La lutte date des premiers Capétiens, c'est-à-dire de l'époque où la royauté française a voulu recouvrer la plénitude de ses droits disséminés par l'usurpation ou l'autorité du temps en des mains diverses.

Dans le principe, administrateurs des biens de l'Église, les évêques en pouvaient seuls disposer ; et quand l'usage se fut introduit d'attacher à certaines églises une portion de ces biens pour l'entretien des clercs qui les desservaient, d'abord pour la vie des titulaires, puis à toujours, ils furent, par une déduction logique, les seuls collateurs de ces bénéfices. Les évêques eux-mêmes tenaient leurs droits de l'élection à laquelle participaient le clergé et le peuple, et que confirmait le roi, comme protecteur des églises de son royaume [1].

Bientôt la foi des fidèles augmenta les richesses de l'Eglise, fonda des bénéfices ou dota des cures déjà fondées, et l'on accorda en retour aux bienfaiteurs le droit de présenter pour ces charges des titulaires à l'assentiment de l'évêque [2]. D'un autre côté, fondateurs d'un grand nombre d'églises, les rois acquirent le droit de nommer exclusivement aux bénéfices de leur fondation [3], et à titre de protecteurs des églises de leur royaume, ils obtinrent le privilége, lorsqu'un siége épiscopal venait à vaquer, de percevoir pendant la vacance les fruits temporels du diocèse et de conférer les bénéfices vacants qui en dépen-

[1] D'Héricourt, *Lois ecclésiast.*, première partie, p. 200 et suiv. ; p. 236.
[2] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 283. Cette prérogative constituait le *droit de patronage.*
[3] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 265, n° 9.

Digitized by Google

daient [1]. Enfin, il arriva quelquefois que les papes, comme chefs de l'Eglise, recommandèrent aux collateurs un clerc désigné pour le premier bénéfice qui vaquerait dans leur diocèse, ou pour un bénéfice déterminé. Nullement obligatoires dès le principe, les mandats devinrent bientôt des ordres, et engendrèrent les expectatives, les réserves et la prévention, tous droits qui constituaient pour le pape une suzeraineté supérieure sur les bénéfices de l'Eglise, et formaient pour les ministres fiscaux de la cour de Rome une source d'émoluments considérables [2].

Soumise d'abord au pape, à titre de déférence plutôt que d'obligation, ou pour la solution des difficultés majeures dans des temps difficiles, l'élection des évêques fut plus tard regardée comme incomplète à défaut de la confirmation pontificale, lorsque les chapitres des cathédrales se furent exclusivement attribué la nomination épiscopale. La cour de Rome appliqua aux bénéfices consistoriaux, tel était le nom qu'on donnait aux dignités majeures, les droits qu'elle s'était attribués sur les bénéfices simples, et l'expédition des bulles fut frappée par ses officiers fiscaux d'un tribut évalué, sous le nom d'annate, au revenu des bénéfices pendant une année [3]. Le droit des rois resta intact [4].

Enfin, tout bénéficier avait le droit de résigner son bénéfice en faveur d'une personne désignée, et l'intérêt supérieur de l'Eglise établissait le pape seul juge des résignations en faveur [5]. Encore un échec au droit des collateurs ordinaires.

VI. *Suite.* — Le jeu de ce mécanisme compliqué devait amener des froissements que rendit plus fréquents encore la haute suprématie accordée par le droit social des premiers siècles à la papauté sur les puissances temporelles.

[1] D'Héricourt, *Lois ecclésiast.*, première partie p. 272. On avait qualifié ce droit de *régale*. Une grande incertitude planait sur son origine et l'époque de son introduction ; on le constatait cependant avec certitude sous Philippe-Auguste, en 1190.

[2] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 321, 323 et 394. C'est ici que se rattachent les expectatives des gradués, l'indult des officiers du parlement de Paris, les réserves des pays d'obédience et des bénéfices vacants en cour de Rome, etc.

[3] D'Héricourt, *Lois ecclésiast.*, deuxième partie, p. 240, n° 25. Les bénéfices consistoriaux étaient les archevêchés, les évêchés et les abbayes.

[4] *Id.*, *ib.*, première partie, p. 328.

[5] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 336.

Digitized by Google

S'il fallait en croire les légistes, saint Louis le premier aurait par sa pragmatique sanction restitué aux évêques leurs anciens droits, et proscrit dans son royaume toute levée d'argent qu'il ne l'eût autorisée d'accord avec l'Eglise, pour les besoins de la cour de Rome [1]; mais avant même que la science moderne eût découvert la fraude des légistes, d'Héricourt déniait toute authenticité à cette pièce supposée [2].

Quoi qu'il en soit, de Philippe le Bel à François Ier, on peut compter les conflits par les règnes, et partout, sous le voile des questions bénéficiales se cache la lutte qui devait éclater au seizième siècle. Philippe le Bel écrase son peuple d'impôts, la *maltote* ruine le pays, le pape Boniface VIII proteste au nom des sujets épuisés, et lance sur la France la bulle *Clericis laicos*. Aussitôt le roi défend de porter aucun argent à Rome : voici l'apparence. La bulle *Ausculta fili* paraît, l'antagonisme est inévitable entre le roi légiste qui a créé le parlement et banni tous les clercs de la justice, et le pape féodal qui veut faire revivre les temps de Grégoire VII et d'Innocent III ; les Etats du royaume s'assemblent et proclament que l'autorité du roi l'emporte sur celle du pape : voici la réalité [3].

Sous Charles VI et Charles VII, au milieu des désordres du schisme d'Occident, lorsque les antipapes épuisent la France de leurs exactions, les édits royaux flétrissent les annates, abolissent les réserves et prohibent les expectatives ; qui ne reconnaît encore ici la forme ? Au fond, écho fidèle des conciles de Bâle et de Constance, où les cardinaux français, Gerson et d'Ailly,

[1] « Exactiones et onera gravissima pecuniarum per curiam Romanam « Ecclesiæ regni nostri impositas, quibus regnum nostrum miserabiliter de- « pauperatum extitit, levari aut colligi nullatenus volumus, nisi dumtaxat pro « rationabili, piâ et urgentissimâ causâ, ac de spontaneo et expresso con- « sensu nostro, et ipsius Ecclesiæ regni nostri. » (Isambert, *Recueil*. t. I, p. 339, édit. de mars 1268.)

[2] « Si la pragmatique sanction qu'on attribue à saint Louis était une pièce « incontestable ;... mais il y a sujet de douter de l'authenticité de cette « pièce, qui n'a été citée que dans le quinzième siècle... » (D'Héric., *Lois ecclésias.*, première partie, p. 321.)

[3] « Supplie et requiert le peuple de vostre royaume, pour ce que il l'y « appartient que ce soit fait, que vous gardiez la souveraine franchise de « vostre royaume, qui est telle que vous ne reconnoissez de vostre tempo- « rel souverain en terre, fors que Dieu. » (*Requête des États à Philippe le Bel*, d'Héric., nº 5, p. 113, nº 9.)

Digitized by Google

avaient enseigné que tout homme, *fût-il même constitué en dignité papale*, était tenu d'obéir au concile[1], la pragmatique de Bourges brise l'ancienne constitution des monarchies chrétiennes, et place l'autorité du roi bien haut au-dessus de l'autorité du pape[2].

Cette charte une fois conquise, le parlement s'en fait le défenseur assidu contre l'abolition intéressée de Louis XI; Charles VIII et Louis XII se déclarent les protecteurs *des saints décrets de Basle*, et rappellent les évêques à leur exécution[3]; aussi, quand le concile de Latran a proclamé, d'après un commun accord entre le pape et le roi, l'abolition de la Pragmatique et la promulgation du Concordat, le parlement se refuse à l'enregistrement de l'édit, l'Université en appelle au prochain concile, les ordres réitérés de François Ier ne peuvent vaincre l'obstination des magistrats qui refusent de voir dans l'édit une loi du royaume et s'engagent, Chambres assemblées, à suivre la Pragmatique dans la décision des procès[4].

Lorsque Henri II monte sur le trône, la lutte, envenimée encore par l'invasion de l'hérésie luthérienne, est plus brûlante que jamais. A la faveur des conflits journaliers qui signalent la matière des bénéfices, des fraudes audacieuses se manifestent.

[1] *Histoire de l'Eglise gallicane*, par Berthier, t. XV, p. 466 et suiv.

[2] Isambert, *Rec.*, t. IX, p. 3. Ordonn. du 7 juillet 1438.

[3] *Id.*, *ib.*, t. II, p. 33; d'Héric., *Lois ecclésiast.*, première partie, p. 9 et 10.

[4] La Pragmatique rétablissait l'élection des évêques et des abbés, à l'encontre des réserves et des expectatives de la cour de Rome (D'Héric., *Lois ecclésias.*, première partie, p. 241 et suiv., nos 10, 11, 12, 13, 14, 47). Le Concordat attribua au roi le droit de présentation aux bénéfices consistoriaux, avec l'obligation pour le pape de délivrer des bulles au nommé, s'il réunissait les qualités requises par les canons (D'Héricourt, *ub. sup.*, p. 251 et suiv., nos 1, 2 et 3). Il rendit au pape la collation des mêmes bénéfices vacants en cour de Rome (D'Héricourt, *ib.*, *ib.*, no 7). Il rétablit les expectatives des gradués, qu'il soumit à des règles fixes (D'Héricourt, *ib.*, p. 294, nos 1, 2, 3, 4, 5, etc.), les réserves pour les pays d'obédience (D'Héricourt, *ib.*, p. 329); enfin, les annates (D'Héricourt, *ib.*, deuxième partie, p. 240). Le Concordat avait conservé à quelques bénéfices consistoriaux le droit d'élection; dans la suite, des indults pontificaux leur étendirent le droit de nomination royale, qui, dans la théorie bénéficiale, remplaçait l'élection et la confirmation (D'Héricourt, première partie, p. 256, nos 11 et suiv.).

Digitized by Google

Sous le couvert de la fraude des petites dates, qu'il faut réprimer, la Pragmatique va revoir le jour.

VII. *Edit des petites dates.* — Qu'appelait-on, en droit bénéficial, *petites dates?* Quelles fraudes se cachaient à l'ombre des petites dates?

On sait déjà ce qu'était la résignation des bénéfices *in favorem.* Comme les provisions, dans cette hypothèse, s'accordaient en cour de Rome, et que, dès lors, les résignants, ne pouvaient être présents, on se contentait d'une procuration de leur part, que le résignataire adressait à Rome avec sa demande par un intermédiaire, connu dans le droit bénéficial sous le nom de *banquier.* De plus, en cas de concours, les provisions dataient du jour où la demande était enregistrée à la Daterie. Or, il arrivait souvent que le courrier de France, porteur des demandes, entrait à Rome le soir avant minuit, et alors, afin que le résignataire ne perdît pas un jour, au lieu de remettre la demande au correspondant du banquier, qui l'aurait lui-même remise au préfet des Dates avec une supplique, il jetait, en passant à la Daterie, les dépêches dont il était porteur. A la Daterie, on inscrivait en toute hâte la date de l'arrivée des demandes, et comme cette inscription avait eu lieu en abrégé (13 *kal. mart. ann.* 2), on lui donnait le nom de *petite date.* Inutile d'ajouter qu'on s'enquérait peu alors de la régularité des pièces.

Suivant une règle bénéficiale, la procuration *ad resignandum* et la rétention des dates ne valaient que pour six mois, de sorte que si, le résignataire n'ayant pas pris possession, le résignant venait à mourir dans ce délai, le bénéfice vaquait au profit du collateur ordinaire. Pour éviter la rigueur de cette règle, les résignataires envoyaient à Rome leur supplique, sans procuration des résignants, et retenaient une date qui, cela s'explique aisément, était une *petite date;* si le résignant mourait dans les six mois, le résignataire envoyait aussitôt la procuration à Rome, et la résignation prenait fraduleusement date du jour de la rétention. Au cas contraire, on retenait, à l'expiration des six mois, une nouvelle date, de façon à se trouver toujours dans le délai de la règle.

On allait plus loin encore, et souvent un résignataire retenait une date à Rome, sans être même muni d'une procuration du résignant prétendu, quelquefois à son insu; puis, si la mort advenait, un notaire coupable comblait la lacune par un acte sup-

Digitized by Google

posé qui dépouillait de bénéfices considérables les collateurs ordinaires [1].

Il y avait là un abus flagrant. Henri II, pour y mettre un terme, publia, en 1550, l'*édit des petites dates*. Les intérêts politiques se mêlèrent aux intérêts religieux; la France et Rome étaient en guerre au sujet du duché de Parme; on réveilla les haines encore vives de la Pragmatique et du Concordat, le légat du pape quitta Paris; le roi défendit de porter aucun argent à Rome, des pamphlets coururent contre le pape, on y répondit par des diathribes contre le roi; les haines privées se mêlèrent aux discordes publiques; l'orage venait d'éclater [3].

C'est au milieu de cette atmosphère brûlante que Dumoulin jeta l'étincelle qui devait l'embraser.

VIII. *Commentaire sur l'édit des petites dates.* — L'édit était de 1550, le commentaire parut en 1552. Dans l'intervalle, Dumoulin, écrivant sur les règles de chancellerie admises en France au sujet de la résignation des bénéfices [4], avait signalé l'abus des petites dates, et appelé la répression contre lui [5]. Il avait attaqué la résignation elle-même, la traitant d'odieuse et de simoniaque [6].

[1] Préambule de l'édit de 1550. Dumoulin, *Comment.*, *passim*. Durand de Maillane, *Dictionn. de droit canon*, v° *Date*.

[2] Isambert, *Rec.*, t. XIII, p. 164, édit de juin 1550. Outre qu'il assujettissait la réception des notaires apostoliques à des conditions rigoureuses (art. 1 et 2), l'édit les obligeait à faire mention, dans les procurations *ad resignandum*, de leur qualité et de leur demeure, et de la présence de deux témoins qui devaient, avec le résignant, signer la minute (art. 3). Il leur enjoignait, en outre, de tenir registre de ces procurations, indiquant l'époque où l'acte aurait été passé et le nom des personnes qui y figureraient, et de déposer chaque année copie dudit registre au greffe des évêchés du ressort (art. 4). Les banquiers étaient, de plus, contraints de tenir un semblable registre des procurations qu'ils recevaient; d'indiquer au dos de l'envoi l'heure à laquelle partait le courrier qui en était porteur (art. 5, 6, 7 et 9), et de mentionner sur leur registre l'époque de la reception des pièces à Rome (art. 12 et 13). Enfin, l'edit entourait la prise de possession des résignataires de formalités capables de lui donner une grande publicité (art. 15 et suiv.).

[3] Isambert, *Rec.*, t. XIII, p. 181. 211, 269, édits des 19 avril, 9 mars et 3 septembre 1551.

[4] Dumoulin, *Commentar. analyticus in regulas cancellariæ romanæ hactenus in regno Franciæ usu receptas.*

[5] *Id.*, *ib.*, ad reg. 34, n° 208.

[6] *Id.*, *ib.*, ad reg. 18, n° 99.

Digitized by Google

Puis, s'élevant au-dessus de la législation bénéficiale, il avait mis tous ses efforts à rétablir les droits des collateurs ordinaires contre les empiétements étrangers [1]. La prévention du pape [2], la réserve des vacances en cour de Rome [3], les annates, les expectatives avaient subi l'examen de sa logique rigoureuse, et, s'appuyant sur la Pragmatique, il avait flétri tous ces droits qui, à ses yeux, n'avaient de titre que dans l'usurpation.

Enfin, emporté par ses affections de légiste et de protestant, il était monté jusqu'à la source d'où lui semblaient découler les abus ; il avait signalé au mépris ces évêques qui changeaient leur mission divine en honteuses spéculations, et s'occupaient bien plus des intérêts de la terre que des intérêts du ciel [4]. Il avait désigné du doigt ces prélats qui, comme François de Rohan, mettaient les bénéfices aux enchères, et frappaient la vente d'un droit de six écus d'or à leur profit [5]. Enfin il avait mis en scène le pape, semblable à la déesse Fortune, et pourvoyant des bénéfices, les yeux fermés, non point les plus dignes, mais les plus diligents [6] : il l'avait présenté comme rebelle à toutes les lois, violant toutes les institutions et n'obéissant qu'à son propre caprice [7]. Arrivant à sa conclusion forcée, il avait, en dernier lieu, relevé les maximes de la Pragmatique, placé avec les conciles de Bâle et de Constance l'autorité du roi au-dessus de l'autorité du pape, et posé en principe avec eux que le souverain pontife n'était que l'administrateur de l'Eglise, et qu'il était du droit comme du devoir des princes de réprimer les abus qui venaient à l'infester [8].

[1] Dumoulin, *Comment. analytic.*, etc., ad reg. 18, nº 103.

[2] *Id.*, *ib.*, ad reg. 18, nº 122.

[3] *Id.*, *ib.*, ad reg. 18, nº 172.

[4] *Id.*, *ib.*, ad reg. 18, nº 30.

[5] *Id.*, *ib.*, ad reg. 18, nº 102.

[6] « ..... Qui, velut Fortuna, clausis oculis, non digniorem sed præoccupantem ditat. » (Dumoulin, *ib.*, ad reg. 18, nº 37.)

[7] « Qui nullis legibus tenetur, sed omnibus derogat. » (Dumoulin, *ib.*, ad reg. 18, nº 39.)

[8] Il faut voir (*eod. loc.*, nos 225, 226, 227, 335 et suiv.) le développement du principe gallican que le concile est au-dessus du pape, tiré de l'autorité des conciles de Bâle et de Constance ; on n'a rien dit de plus sur ce sujet depuis Dumoulin. Mais il faut voir à côté la réfutation des ultramontains sur le même point, aussi complète et aussi savante que possible, dans un

Digitized by Google

On le voit, le pamphlet s'échappait de l'enveloppe du commentaire, il touchait presque à la diatribe. Dumoulin avait peine à contenir le démon du blasphème qui l'agitait. Quand parut l'édit des petites dates, il brisa ses liens et lui laissa le champ libre.

A peine reconnaît-on le commentateur, à peine distingue-t-on le jurisconsulte; il se traîne quelque temps sur l'édit, il en analyse avec peine les dispositions, il en explique comme à regret les termes; on sent qu'il est à l'étroit. Tout à coup il laisse là l'édit, il ne voit plus en présence de lui que la papauté qu'il combat; il brise l'entrave du commentaire et, avec cette énergie qui le presse sans relâche, il exhale à l'aise sa haine et son mépris. C'est ici qu'il faut étudier le pamphlétaire, bien supérieur aux insulteurs vulgaires de la réforme allemande. Son trait acéré n'oublie jamais le but, sa verve sauvage met en pièces tous les obstacles, on sent qu'au fond de ce chaos d'injures et de calomnies, il y a une pensée vraie qui se cache aux regards et qu'il faudra chercher ailleurs. En présence de cette œuvre de génie, on ne regrette qu'une chose, qu'un bras si puissant n'ait pas combattu pour une meilleure cause; et si le pardon en pareille matière était possible, on excuserait le fond pour la forme qui le revêt.

Dumoulin vous montrera les papes, vautours avides, écrasant la France de leurs exactions, quand ils épargnent l'Angleterre et n'osent s'abattre sur l'Espagne; inondant le monde de leurs complots, pénétrant dans le conseil des rois, usurpant leur puissance, et rêvant une suprématie qui réduise à néant les pouvoirs de la terre, et mette à leurs pieds l'univers entier.

Il vous montrera la fraude sous l'habit sacerdotal, le crime sous la tiare. *Combien de fois*, s'écriera-t-il, *ai-je veu en plein Parlement, à huis ouverts, amener prestres (car de ce nom venerable ils font honneur à ces malheureux prestrillons effrontez), en habit et tonsure sacerdotal, portans en leurs mains la torche ardente, et faisans confession publique et ignominieuse de la fausseté par eux commise, sans jeter larme d'œil, sans rougir et d'un visage asseuré*[1].

Il appellera l'histoire à son aide. Qu'était-ce donc dans le

livre récent (*La France et le Pape*, par l'abbé ***, 1849, Paris, chez Perisse; deuxième partie, chap. VIII, X, XI, XIV, XV). Dumoulin, *ub. sup.*, nos 128, 129, 310, 406, 407, 409.

[1] *Commentaire sur l'édit des petites dates*, art. 4, lettre C, vo *Contrôle*, no 5.

Digitized by Google

principe qu'un pape? Demandez à saint Ambroise, à saint Jérôme, à saint Augustin. C'était un évêque, rien de plus. Avait-il une puissance séculière? Non; il n'avait d'autre appui que l'autorité de la doctrine qu'il prêchait. Il a fallu que les rois de France lui donnassent des Etats, et, en retour, il a usurpé sur eux des pouvoirs et des priviléges qu'il prétend tenir de la puissance divine[1].

Evêque, il ne peut être élevé à l'épiscopat sans le consentement de l'empereur; il fera, pour échapper à cette tutelle légitime, tout ce qu'il lui sera possible de faire, il sèmera dans les Etats la discorde et les divisions, il allumera dans les royaumes l'incendie de la guerre civile, il saura se montrer tour à tour fier et insolent, humble et timide; ici il commandera en roi, là il flattera en vil courtisan pour trahir à l'aise et frapper à coup sûr[2].

IX. *Suite.* — Grégoire VII, une des plus grandes figures du moyen âge, cette tête immortelle qui, du haut du Vatican, dominait le monde entier, l'expression la plus complète de ce pouvoir suprême de la papauté qui, seule debout au milieu des trônes chancelants, sauva les sociétés modernes par l'unique ascendant de son autorité religieuse, savez-vous ce qu'il devient sous la plume de Dumoulin? Un moine ambitieux et rusé qui dispose à Rome de la faveur populaire, fait et défait les papes à son caprice, ose porter sur les rois une main coupable, et pratique la magie[3].

Ce n'est point assez de défigurer l'histoire. Dumoulin ira fouiller dans les pamphlets luthériens pour jeter à la face de la papauté les injures les plus grossières. Boniface VII a volé les trésors de la basilique de Saint-Pierre et s'est enfui à Constantinople gorgé d'or. Il n'est schismes des plus affreux, hérésies des plus odieuses que Grégoire VII n'ait professés, enseignés, imposés. Platina l'a vu jeter l'hostie sacrée dans le feu, et faire des

[1] *Sur les édicts et arrests de France contre les abus des papes*, glose 15, nos 3, 4, 5, 6, 7 et suiv.; 107, 115, 123 et suiv.; 133, etc.

[2] *Id.*, *ib.*, nos 268, 269, 274, 280 et suiv.

[3] *Id.*, *ib.*, nos 304, 305, 309, 317. « Dans le moyen âge, où il n'y avait « point d'ordre social, elle seule (la papauté) sauva peut-être l'Europe d'une « entière barbarie... Ce fut un tribunal suprême élevé au milieu de l'anar- « chie universelle;... elle prévint et arrêta le despotisme des empereurs... » (Ancillon, *Tableau des révolutions*, etc., t. I, p. 133 et 157.)

Digitized by Google

conjurations contre l'empereur. N'a-t-il pas armé contre la puissance impériale le bras d'un assassin[1] ?

Voyez-vous Pascal II, pressé par le danger, reconnaître hautement les droits de l'empereur ; puis, quand les armées impériales se sont éloignées, assembler un concile pour violer solennellement la foi jurée ? Voyez-vous Adrien IV ourdir à Milan un noir complot, et recevoir des ennemis de l'empire le prix de l'excommunication dont il va frapper l'empereur ? Voyez-vous enfin Innocent III frapper d'interdit le roi Philippe-Auguste dont la puissance l'inquiète, protéger contre l'arrêt de ses pairs le roi Jean sans Terre qui lui a promis la domination de ses Etats, et, quand la France résiste, lancer une décrétale séditieuse qui appelle aux armes les prélats[2] ?

Conradin périt sur l'échafaud ; savez-vous qui l'y a fait monter ? Le pape Clément IV disait en le voyant quitter Rome où le peuple l'avait proclamé empereur : « C'est une victime qu'on mène à la mort. » Il y avait dans ces paroles une prophétie, dit Platina. Non, s'écrie Dumoulin, c'était une sentence[3].

Personne qui ne connaisse la lutte de Philippe le Bel et du pape Boniface VIII ; personne qui ne regarde comme une souillure éternelle pour la mémoire du roi légiste, la profanation d'Anagni. « Je le vois, s'écrie Dante, il entre dans Anagni le Fleurde-« lisé ; je vois Christ captif dans son vicaire, je le vois moqué une « seconde fois ; il est de nouveau abreuvé de fiel et de vinaigre, « il est mis à mort entre des brigands[4]. »

Boniface VIII, écrit Dumoulin, chargé de plusieurs crimes, fut fait captif à Anagni, jeté en prison à Rome, et mourut comme un chien, d'un accès de rage, *in rabiem versus, ut canis obiit*. Il est monté sur le trône pontifical avec la ruse du renard, il avait régné avec la fierté du lion. *Ut vulpes ingressus, ut leo regnaverat*[5].

C'est assez. Après les prémisses, la conclusion ; après l'insulte, l'appel aux armes.

Voyez, s'écrie le légiste en terminant, quels sont aujourd'hui la vie, l'ambition, les desseins des nouveaux pontifes et quels

[1] Dumoulin, *ub. sup.*, nos 51, 65, 66, 68 et suiv.
[2] *Id.*, *ub. sup.*, nos 71, 72, 81, 86.
[3] *Id.*, *ub. sup.*, ep. gl. 15, no 107.
[4] et [5] *Id.*, *ub. sup.*, ep. gl. 15, no 138.

Digitized by Google

fruits ils portent[1]. Ils se disent les rois des rois et veulent soumettre les puissances de la terre à leurs caprices[2], hérésie plus dangereuse mille fois que celle de l'Alcoran. Mahomet marchait à la conquête religieuse du monde, bannières déployées, les armes à la main; la papauté se glisse sous les trônes pour les renverser[3].

Eh quoi! d'où vient donc qu'à peine échappée à la domination tyrannique des empereurs de Rome, la France soit retombée sous le joug plus tyrannique encore des pontifes romains, qui l'épuisent et la torturent, plus que n'ont jamais fait les puissances païennes? Qu'est donc devenue cette antique liberté, le patrimoine imprescriptible de mon pays? Où sont les constitutions protectrices de ses droits? Qu'ont fait ses rois du serment qu'ils prêtent à leur avénement[4]?

X. *Suite.* — Sous l'enveloppe ardente du luthérien, il faut chercher le légiste; sous la forme, le fond; sous l'exagération emportée des faits, la logique calme des idées; sous les traits acérés du pamphlet, l'exposition froide du système.

Quelle objection les ennemis du roi avaient-ils soulevée contre l'édit de 1550? Henri II, avaient-ils écrit, empiétait sur le pouvoir du souverain pontife qui seul pouvait, dans la matière spirituelle des bénéfices, donner des ordres et porter des lois; *quòd regi minimè liceret de iis quæ ad jurisdictionem ecclesiasticam spectent, cujus se pontifex summum magistratum profiteretur, leges ferre, et in eo pontificiam auctoritatem minui passim jactarent*[5].

Ecoutez Dumoulin : il s'adresse au roi Henri II, à qui il a dédié son livre : *Ils avoient communément persuadé*, dit-il en parlant des papistes, *que n'aviez, à cause de vostre couronne, puissance, auctorité, ne jurisdiction de statuer ou ordonner aucunement de l'estat ecclésiastique, sinon en tant qu'il vous estoit par eux attribué, comme à simple exécuteur de leurs ordonnances et mande-*

[1] Dumoulin, *ib.*, ep. gl. 15, v° L. R., n° 7.

[2] *Id.*, *ib.*, ep. gl. 15, v° L. R., n° 8.

[3] « Mahometes nudis armis totum mundum superstitioni suæ subjici docet « et jubet; illi verò præfatis præstigiis simul, et, utcumquè datâ occasione, « armis. » (Dumoulin, *ib.*, ep. gl. 15, n° 10.)

[4] « Quorsum ergo antiqua illa et peculiaris libertas? Quorsum tot sacræ « constitutiones? Imò quorsum juramenta à regibus nostris in sacrâ inau- « guratione præstari solita? » (Dumoulin, *ib.*, L. T., n°s 3 et 4.)

[5] *Thuani Historiæ*, lib. VI, n° 14.

Digitized by Google

ments, et que non-seulement toutes personnes ecclésiastiques, mais aussi tous simples tonsurez... n'estoient aucunement subjects à vostre puissance et jurisdiction ny à vos ordonnances, ains qu'ils estoient totalement exempts, non par aucun privilège de vous, mais de leur propre droit, comme un peuple et règne séparé [1].

Tellement, poursuit-il, *que dedans vostre royaume mesme ils en avoyent de fait érigé un nouveau, non subject à vous, mais distrait de vostre obéissance, subjection et authorité royale* [2].

Ce n'est là, répond-il en commentant l'édit, que mensonge et tromperie insigne, *pure resverie de gens ignorants. Le roy en son royaume, est souverain seigneur de toutes possessions... et ainsi de son propre droit... à raison de sa couronne, et par privilège d'aucun, non pas du pape* [3]... *L'office des princes chrétiens consiste principalement à maintenir, exécuter et faire partout observer les commandements de Dieu* [4]... *Il appartient au bon et prudent prince, non-seulement d'abolir les abus, qui à présent règnent, mais aussi d'aller au devant de ceux qu'on voit sourdre et qui sont à venir* [5].

Dumoulin a déjà dit toutes ces choses, il les répétera jusqu'à la fin, et jusqu'à la fin aussi il conclura comme il le fait maintenant : *Regiæ potestati tota subest politia regni, cujus pars sunt ecclesiæ, quæ etiam in regno nullum temporale possidere possunt, nisi jure regio.*

XI. *Apparition du commentaire sur l'édit.* — Quand Dumoulin jeta son commentaire comme une torche incendiaire au milieu des luttes religieuses qui divisaient Rome et la France, le monde entier s'en émut; mais ce ne fut plus ce mouvement qui avait agité la science et le pouvoir à l'apparition du *Traité des fiefs;* on ne voit pas ici tomber à flots pressés aux pieds du légiste éminent les hommages les plus respectueux, les honneurs les plus distingués. La lutte avait été tout autre, les armes différentes, autres furent aussi les résultats. La faculté de théologie censure le livre de Dumoulin et le défère au parlement; un bref du pape le soumet à l'examen de l'inquisition; on parle de tarir à sa source le poison de l'hérésie qui va s'étendre et porter par-

[1] Dédicace du *Commentaire sur l'édit.* Dumoulin, (*OEuvres*, t. III, p. 361.)
[2] *Id., ib. sur l'édit*, art. 1, lettre A, v° *Juges*, n° 3.
[3] *Id., Comment.*, préface de l'édit, n° 94.
[4] *Id., ib.* sur le proœm. de l'édit, v° *Peuvent.*
[5] *Id., ib.*, gl. 15, n° 136.

Digitized by Google

tout la corruption. En vain le légiste résiste-t-il, en vain appelle-t-il comme d'abus de l'ajournement de l'official diocésain et de l'inquisition [1]. En vain somme-t-il le cardinal de Bourbon qui gouverne en l'absence du roi, *de prendre la cause pour luy qui défendoit les droits du roy et de la couronne* [2], l'affaire est renvoyée au conseil privé. Dumoulin paraît devant les juges à Châlons, il plaide sa cause et obtient un arrêt de surséance jusqu'au retour d'Henri II [3]; mais la haine populaire, exécutant par

[1] « Hic liber, ne ejus venenum latiùs serpat, multosque inficiat, citissimè « comprimendus est, et in librorum reprobatorum catalogum reponendus; « et ita Decanus concludit, nec intendit dicta Facultas per hanc censuram « quidquid attentare adversùs potestatem et jurisdictionem regis » (*Requête de la faculté de théologie*, citée par Brodeau; *Vie de Dumoulin*). Les motifs de l'appel comme d'abus étaient, à l'égard de l'inquisiteur, que « Dumoulin a écrit contre les abus des papes, partant, soit bien, soit mal, le « pape n'en peut être juge, ny son commis ou délégué. Il a esté condamné « du pape, lequel partant ny ses commis n'en peuvent plus connoître. « Ledit commis ou delégué inquisiteur est du corps de Sorbonne, comme « appert par sa commission, qui sont ses ennemis, et ne peuvent estre ses « juges. » On ajoutait que Dumoulin n'avait fait que commenter et reproduire les anciens édits et les anciens arrêts; qu'en tout cas, il avait écrit au profit du roi qui le devait garantir : que, du reste, il l'avait déjà fait en ordonnant à la cour de Rome de déclarer les articles du *Commentaire* dont elle avait à se plaindre. A l'égard de l'official diocésain, on disait que Dumoulin avait écrit contre les abus des prélats, aussi bien que contre ceux des papes; on ajoutait : « La haine taisible et murmure qu'ils ont contre « ledit édict, et semblables édicts et authorité du roy, ils la veulent exercer « et eux vanger, et se ruer sur ledict du Moulin... Ainsi, ils se sont vantés « de faire dudit du Moulin un moulinet... Cela redonde à l'injure du roy; « partant luy seul, et non lesdits injurieux et adversaires en peuvent con- « noistre... » (Dumoulin, *OEuvres*, t. III, p. 801-804.)

[2] Dumoulin, *Préface de l'édit de* 1550, n° 72. « Mais je ne dois oublier la « modestie et civilité honneste de feu Louis, cardinal de Bourbon,... lequel, « combien qu'il fust fort importuné contre moy par la multitude des moy- « nes, prestres et sorboniciens, et par leurs clameurs en leurs prédications « au peuple tendantes à sédition, et que dans sa maison du collége Saint- « Denis, je luy eusse refusé ses très-grandes offres, et outre devant tous ses « gens repris de ce qui luy estait eschappé de dire qu'il aimoit l'Eglise ro- « maine par laquelle les roys (comme il disoit) règnent plus que le roy, le « sommant comme estant son lieutenant-général, et prince du sang, en ces « deux qualitez et chacune d'icelles de prendre la cause pour moy, qui dé- « fendois les droicts du roy et de la couronne, etc... »

[3] Dumoulin, *ib.*, n° 73; *Traicté de l'origine, progrès et excellence de la monarchie des François*, n° 212.

Digitized by Google

avance une sentence que la justice semblait intéressée à retarder, pille sa demeure et le force à chercher un refuge dans l'exil [1].

On peut le voir désormais errant dans les cours d'Allemagne, revenant furtivement à Paris solliciter la justice du roi, et chassé presque aussitôt par la populace qui de nouveau envahit sa demeure; poursuivi à Bâle, à Genève, à Berne, à Strasbourg, par la haine des calvinistes qu'il combat ouvertement [2]; tourmenté sans cesse, au milieu des honneurs qui accompagnent sa marche à travers l'Allemagne, du désir de revoir sa patrie, et sans cesse repoussé; emprisonné enfin par l'ambition criminelle à qui il refuse l'appui de son génie, et échappant à peine aux traitements cruels qui le menacent [3]. Puis, quand la suspension des hostilités religieuses et les prières réitérées des princes allemands lui auront ouvert les portes de la France, vous le verrez livré aux embûches des calvinistes qui, déjà puissants, livrent Paris à des troubles continuels et pillent sa demeure pour la troisième fois, s'enfuir à Orléans avec l'armée de Condé, en sortir avec elle, et se retirer à Lyon. Mais partout la haine de Calvin le poursuit, menace son existence, attente à sa liberté, décrie ses livres qu'elle traite d'hérétiques et de séditieux, ameute la populace contre ses imprimeurs et vient le frapper jusque dans ses affections les plus intimes [4].

[1] « Nonobstant lequel arrest,... la puissance désordonnée et brigues de ses « adversaires (qui se faisoient comme rois) fut si grande, qu'il fut contraint « de sortir du royaume .. » (Dumoulin, *Traité de l'origine*, nº 213.)

[2] Dumoulin, *Traité des censives*, § 95. « Maumontius Carolo Molinæo, sa- « lutem... Epistolam veterem tibi mitto, quam ad te dudum scripseram, « domumque tibi bis miseram, sed puer meus te nunquam domi reperire « potuit, ET FORTE ADHUC AGEBAS IN CARCERE » (*OEuvres de Dumoulin*, t. IV, p. 1). — *Deffense de Dumoulin*, par Simon Challudre, nº 23 à 65 (dans les *OEuvres de Dumoulin*, t. III, p. 1423). Ce petit écrit est plein de détails curieux sur les intrigues religieuses des calvinistes en Suisse et en France; il faut y voir surtout les portraits de Calvin et de Théodore de Bèze. Il nous apprend que c'est à l'époque de son voyage en Suisse que Dumoulin se sépara de Calvin, ne voulant pas admettre sa doctrine sur le libre arbitre, la prescience de Dieu, l'égalité des péchés, qu'il réfutait, comme on peut l'y voir aussi, avec un sens profond.

[3] Dumoulin, *ib.*, *ib.*

[4] *Deffense de Dumoulin*, par Simon Challudre, nº 65 à 100. « Copie des « articles présentez par maistre Charles du Moulin contre les ministres de « la religion prétendue réformée de son temps » (Dumoulin, *OEuvres*, t. III, p. 1432). « Art. 12. Le dimanche, troisième jour de février dernier, en

Digitized by Google

Au milieu de ces revers, le légiste reste le même ; sa pensée ne l'abandonne pas, il poursuit le progrès de ses principes, il en marque les résultats, il en défend la vérité. Jamais un réformé n'eût été aussi ardent à la lutte ; un légiste seul, et un légiste comme Dumoulin, pouvait résister à tant d'assauts. Du sein de cette vie agitée par les revers, de cet exil au sein même de la patrie, vous verrez surgir un nouveau pamphlet contre la papauté, le *Traicté de l'origine, progrès et excellence de la monarchie des François;* il le dédiera à Jeanne de Navarre, la princesse dissidente, qui a mis la réforme à la mode dans sa cour, l'impose à ses courtisans comme une religion de bon goût, et chante sur des airs du temps les psaumes calvinistes de Marot [1]. A Orléans, traqué par ses ennemis, il composera un livre dogmatique où il combattra à la fois Luther et Rome, Calvin et les papistes, sous ce titre : *Collatio et unio quatuor evangelistarum,* etc., et avec cette devise qui peint le légiste : *Haurietis aquas in gaudio de fontibus Salvatoris* [2]. Il le dédiera au roi Charles IX, voulant ainsi, comme il le dit, donner à chacun des rois qu'il voit se succéder sur le trône, un gage de ce dévouement pour la royauté qui l'a poussé à consacrer sa vie entière à la défense de son pays [3]. A Orléans, enfin, au milieu des horreurs d'un siége, il écrira un *catéchisme* ou *petit sommaire de la doctrine chrétienne,*

« grande assemblée à Brycomte-Robert, du haut de leurs chaires ont pu-
« blié un libelle diffamatoire contre l'honneur ancien et bien renommé dudit
« complaignant, le déclarant contre vérité hérétique, schismatique, sédi-
« tieux, etc. — Art. 14. Ils ont tellement corrompu aucuns des serviteurs
« dudit complaignant,..... qu'il y a plus de quatre mois qu'il ne saurait
« trouver un clerc à escrire sous luy et demeurer avec lui... — Art. 17.
« Ils ont voulu persuader à la femme dudit complaignant qu'elle se pou-
« voit et devoit remarier à un de leur secte, parce que, comme ils disent,
« il a délaissé la foy et l'Église.... » (V. de plus, *ib.*, art. 15, 20 et 21. Pour la preuve de ces faits, voir la copie de l'information faite sur cette plainte en 1565, et notamment les dispositions de Robert Trehet et Louys de Villereau, estudiants en l'Université de Paris, et de Nicolas Laurent, libraire à Paris.)

[1] Enlevez au *Commentaire de l'édit de* 1550 sa verve et sa vigueur, et vous aurez le traité, sorte d'histoire luthérienne des conspirations de Rome contre la France et de l'origine des libertés de l'Eglise gallicane.

[2] Il faut voir dans ce livre ses doctrines religieuses sur le mystère de la Trinité, le Baptême et l'Eucharistie, dont il a été ci-dessus question.

[3] « *Zelum meum erga regiam ipsam potestatem ejusque honorem et felicitatem laborum meorum monumenta à triginta octo annis edita declarant.* »

Digitized by Google

dont les calvinistes impartiaux diront qu'il serait bon que *semblables œuvres fussent mises en lumière pour l'instruction de l'Église*[1].

La lutte, toutefois, n'est pas terminée. Dumoulin rencontrera encore sur son chemin les jésuites et le concile de Trente.

XII. *Les jésuites et le concile de Trente.* — Ignace de Loyola, en présence de l'hérésie luthérienne qui envahit le monde, ébranle les trônes, menace la société dans ses bases, et s'infiltre jusqu'aux derniers rameaux de l'arbre social, a résolu de combattre le mal dans ses racines. C'est par la religion que Luther vient d'attaquer la société; c'est en ébranlant l'autorité religieuse, qu'il bat en brèche l'autorité politique; c'est en insultant le pape, qu'il jette le mépris sur les rois; c'est par la religion que Loyola veut rendre la paix au monde; c'est en rétablissant les principes religieux dans toute leur vigueur; c'est enfin en rendant au pouvoir religieux la vénération qui lui est due, qu'il a résolu de restituer au pouvoir politique le respect légitime qui le fait inébranlable.

Les jésuites vinrent en France, en 1551, poser leur enseignement catholique en face de l'enseignement luthérien de l'Université[2]. Pendant dix ans, le parlement refusa d'enregistrer les bulles du pape qui autorisaient leur établissement, et les lettres patentes du roi qui approuvaient les bulles; en 1560 seulement il fut contraint d'obéir à des lettres de jussion[3]. Mais bientôt l'Université releva le gant : les jésuites prétendaient s'incorporer à elle, le parlement fut saisi, et Dumoulin consulté.

Dumoulin voit dans les jésuites les fauteurs d'une religion nouvelle aussi opposée à la doctrine évangélique qu'aux lois du royaume. Leur ambition va couvrir la France de chaires et de colléges, au détriment des églises nationales. On peut compter dans leurs rangs des étrangers qui viennent peut-être surprendre les secrets de l'État, ils méprisent les priviléges de l'Université, priviléges fondés sur le droit public et les constitutions royales;

[1] *Deffense de Dumoulin*, nos 85 et 86.

[2] L'université de Paris comptait alors dans son sein Pierre Ramus, principal du collége de Presle, qui, en 1562, fit briser toutes les images catholiques dans la chapelle de son collége. Calvin et Théodore de Bèze avaient étudié à Bourges, où enseignèrent plus tard Cujas, Duaren et Doncan. Voyez, au surplus, un édit du 25 septembre 1568 (Isambert, *Recueil*, t. XIV, p. 228).

[3] Voyez Isambert, *Recueil*, t. XIII, p. 178; t. XIV, p. 98.

Digitized by Google

c'est une violation évidente de la loi, et l'on ne nomme pas d'un autre nom le crime de ceux qui, les armes à la main, envahissent les temples et les édifices [1].

Étienne Pasquier, qui plaida au parlement pour l'Université, ne dit pas autre chose [2]. On n'a rien ajouté depuis à l'acte d'accusation formulé par les légistes modernes contre la compagnie des jésuites.

Nous touchons au terme. Tandis que la réforme livre la France à toutes les horreurs de la Ligue, le concile de Trente trace à l'esprit d'examen les limites de son domaine, et rassure la conscience publique contre les doutes terribles dont Luther l'a épouvantée. Placé entre le moyen âge qui finit et les temps modernes qui commencent, il sait allier les principes de la discipline ecclésiastique aux nécessités de la nouvelle vie politique et sociale dans laquelle le monde vient d'entrer. Le règne des monarchies chrétiennes est fini; le pape a le premier abdiqué cette royauté divine dont il avait été revêtu pour le soutien des royautés humaines, le concile fixe les bornes qui séparent les puissances de la terre des puissances du ciel; en regard des prétentions des unes, il place comme un mur d'airain les droits imprescriptibles des autres. Digne et grande dans les concessions qu'elle sait faire aux événements, l'Église se montre inébranlable et ferme dans le maintien de ses droits; elle pose sa sublime impuissance pour barrière aux envahissements des ambitions terrestres, et toute force humaine vient se briser là comme le flot écumant sur la rive où sa fureur expire.

Les légistes repoussaient d'une manière absolue l'admission du concile de Trente en France; ses dispositions se plaçaient trop nettes et trop hardies devant les prétentions absolutistes de la royauté, les libertés de l'Église gallicane et les arrêts du parlement.

Le conseil du roi était partagé : l'Hospital repoussait l'admission de toute la force de son patriotisme et de son génie; Dumoulin fut consulté, on pressent son avis; sa réponse fut son dernier pamphlet [3].

[1] Dumoulin, *OEuvres*, t. III, p. 427.

[2] *Thuani Historiæ*, liv. XXXVII, n° 8. On y trouve la plaidoirie de Pasquier en entier.

[3] *Id. ib.*, liv. XXXVI, n° 21. *Deffense de Dumoulin*, n°s 102 et suiv.

Digitized by Google

L'homme s'y peint sous toutes ses faces; sa logique y brille du plus vif éclat, sa verve y jette les rayons les plus lumineux; on dirait une glose du livre des Fiefs.

Vous y verrez le jurisconsulte, les canons à la main, arguer de nullité les décisions du concile[1]. Vous y trouverez le doctrinaire rassemblant contre la papauté le reste d'énergie que la mort est près de tarir dans sa source[2]. Vous y rencontrerez le sectaire traitant d'hérésies les doctrines du concile sur le baptême, la révélation et le péché[3]. Mais, au-dessus de tout, il faut placer le légiste, car les intérêts du roi parlent plus haut encore que ceux de la religion.

Le concile de Trente attaque les bases constitutives de la religion nationale, et enlève au roi son autorité pour la reporter au pape[4]; il méprise les arrêts des cours souveraines[5]; il viole les lois de l'État[6]; il s'arroge, en France, un pouvoir souverain; s'il faut écouter sa voix, que les ordres du royaume se taisent

[1] Dumoulin, *Super facto concilii Tridentini consilium*, t. III, p. 401-402. Il propose contre le concile douze chefs de nullité. Voici les premiers: Le concile étant convoqué pour arrêter les abus de la papauté, le pape ne pouvait ni le réunir, ni le présider, car on ne saurait être juge à la fois et partie dans sa propre cause (nos 5, 6, 7, 8). On ne devait, comme on l'a fait, le composer des ennemis de la réforme ecclésiastique (nos 19 et 20). Les villes libres d'Allemagne n'ont pas été appelées à envoyer un délégué (no 8), etc.

[2] *Id. ib.*, nos 21 et suiv., 29 et suiv.

[3] *Id.*, *ib.*, nos 29, 30, 31 et suiv.

[4] Dumoulin, *ib.*, no 34, à propos de ces canons du concile: « Si quis dixerit « episcopos non esse presbyteris superiores... vel ordines ab ipsis colla- « tos sine populi vel potestatis sæcularis consensu aut vocatione, irritos « esse,..... anathema sit. Si quis dixerit episcopos qui auctoritate ro- « mani pontificis assumuntur, non esse legitimos et veros episcopos, sed « figmentum humanum, anathema sit...» (*Concil. Trident.*, sess. 28, can. 7 et 8).

[5] *Id. ib.*, no 41, au sujet du chap. XXII de la vingt-troisième session, qui exige pour la prêtrise l'âge de vingt-cinq ans.

[6] Dumoulin, *ib.*, nos 42 et 43, sur les dispositions du concile qui attribuent aux évêques la surveillance des établissements pieux et le contrôle de leur administration, *non tamen quæ sub regum immediatâ protectione sunt... etiamsi prædictorum locorum cura ad laicos pertineat atque eadem pia loca exemptionis privilegio sint munita... Non obstantibus, quâcumque consuetudine, etiam immemorabili, privilegio aut statuto* (*Concil. Trident.*, sess. 22, chap. VIII et IX).

Digitized by Google

et que le parlement regarde en silence renverser son ouvrage [1].

Il dépouille le roi de son autorité, l'Église gallicane de ses priviléges, et livre à la merci d'un caprice pontifical l'honneur et la dignité des évêques français [2].

Enfin il s'impose, sous peine d'anathème, à la croyance des princes ou des peuples [3], à l'enseignement des universités [4], à la conscience des magistrats. Il place le roi au-dessous du pape, des évêques et des abbés [5]. Il veut soumettre la France à l'esclavage de Rome.

Honte à ceux qui ne repoussent pas le concile ! Ils oublient les antiques traditions de l'Église nationale, ils insultent la majesté royale, ils blasphèment Dieu lui-même [6].

Ce fut là le dernier cri de guerre de Dumoulin contre Rome, semblable au premier. Les sages tempéraments de l'Hospital s'accommodèrent mal de ces vigoureuses invectives, qui déjouaient sa politique de temporisation ; le parlement fut saisi et le légiste emprisonné. Mais la protection de Jeanne de Navarre et de Renée de France fit tomber ses chaînes, malgré la vive insistance des ministres calvinistes ; les intérêts qui avaient arrêté le pouvoir prêt à frapper le Commentaire sur l'édit, l'arrêtèrent encore prêt à saisir le conseil sur le concile de Trente. Dumoulin recouvra la liberté ; il mourut deux ans après [7].

Les persécutions ne manquèrent pas à ses derniers jours ; elles

[1] Dumoulin, *ib.*, n° 41.

[2] Dumoulin, *ib.*, n°s 44, 45, 46 et suiv. ; 55, 56, 62, etc., sur les canons du concile relatifs au sacrement de mariage, à la séparation de corps et à l'attribution aux évêques des causes matrimoniales (*Concil Trident.*, sessio 24, can. 2, 3, 7, 8, 12, et cap. 1).

[3] et [4] Dumoulin, *ib.*, n°s 77, 79, 80.

[5] Dumoulin, *ib.*, n° 77. « Nec enim tantummodò statum ecclesiasticum à « regis subjectione divellunt... ut novum regnum sub pontificis monarchiâ « erigant ; verùm etiam regem, regnum regnique ministros huic ordini eccle- « siastico subjiciunt, nempe Francos papæ mancipiis, ejusdemque servorum « servis subditos esse jubent. »

[6] Dumoulin, *ib.*, n° 100... « Receptionem illius et approbationem oppu- « gnare Deum, antiquissima concilia, majestatem regiam, jura regalia et « edicta regia vetera et recentia, libertatem et privilegia Ecclesiæ gallicanæ, « ordinum, parlamentorum Franciæ, et jurisdictionis sæcularis auctorita- « tem. »

[7] *Thuani Historiæ*, liv. XXXVI, n° 21. *Deffense de Dumoulin*, n°s 102 103 et suiv.

Digitized by Google

lui vinrent des calvinistes, l'hérésie est implacable pour ses adversaires. Le calvinisme, profitant de sa captivité, avait soulevé contre lui la haine populaire; il le cita au parlement, comme ennemi de la royauté et des libertés publiques. Au grand jour de l'enquête, il dévoila ses fraudes et ses crimes, ses empiétements et son ambition ; puis, après l'avoir convaincu de lèse-majesté, il abandonna sa plainte, satisfait d'avoir rempli son devoir, et oubliant encore, sur les degrés de sa tombe, comme il l'avait toujours fait, l'homme pour le légiste[1].

AUBÉPIN,
Avocat, docteur en droit.

(La suite au prochain numéro.)

DE L'HYPOTHÈQUE SUR LES IMMEUBLES INDIVIS.

ÉTUDE SUR L'ARTICLE 883 DU CODE NAPOLÉON APPLIQUÉ EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE.

La fiction consacrée par l'article 883 du Code Napoléon, établie dans l'intérêt des communistes, ne peut être invoquée que par ceux pour lesquels elle a été créée.

En conséquence, par exemple : lorsqu'un des deux copropriétaires est tombé en faillite ; que, sur les poursuites de vente, c'est l'autre copropriétaire qui reste adjudicataire de l'immeuble, et

[1] *Deffense de Dumoulin*, loc. cit., nos 1, 2, 3 et suiv. *Copie des articles*, etc., déjà cités, et notamment les art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 22, 23, 28, 29, 30 31, 32 et 33. Voir de plus l'information citée plus haut. Les poëtes du temps pensaient des calvinistes ce qu'en pensait Dumoulin.

« Pour moy, les huguenots pourroient faire miracles,
« Ressusciter les morts, rendre de vrais oracles,
« Que je ne pourrais pas croire à leur vérité.
« En toute opinion, je fuis la nouveauté. »

(RÉGNIER, *Satire* IX, v. 241.)

Et Ronsard de même :

« Eh quoi ! brusler maisons, piller et brigander,
« Tuer, assassiner, par force commander,
« N'obéir plus aux roys, amasser des armées,
« Appelez-vous cela Églises réformées ? »

Voyez dans Dubartas le poëme du *Triomphe de la foy*, qui semble cacher, sous une légère allégorie, l'histoire religieuse du temps.

Digitized by Google

qu'ensuite il s'élève un débat, non pas entre les deux communistes, ni entre l'un des communistes et les créanciers de l'autre, mais entre les créanciers cédulaires et les créanciers hypothécaires du failli, les premiers ne sont pas admis à se prévaloir, contre ceux-ci, de la fiction de l'article 883, et le prix provenant de la vente de l'immeuble indivis, doit se distribuer par voie d'ordre et non par voie de contribution.

Nous croyons être utile en appelant l'attention des hommes d'étude sur les solutions qui précèdent. Elles ont été consacrées, cette année, par le tribunal civil de Lyon, dans un jugement non moins remarquable par la largeur et l'équité de ses doctrines, que par la saine intelligence des principes. Ce jugement, il est vrai, a été réformé par la Cour ; mais un pourvoi a été formé devant la juridiction suprême, qui est actuellement saisie de la question.

Il semble, au premier abord, que la doctrine et la jurisprudence se soient fréquemment occupées de cette matière, et que presque tous, auteurs et tribunaux, aient été contraires à l'opinion que nous sommes disposés à adopter, qui est celle consacrée par le jugement du tribunal de Lyon [1].

Mais, en réalité, si les décisions judiciaires paraissent abonder sur la matière, il faut dire que ces décisions ont été rendues presque sans discussion. Les recherches scientifiques n'ont pas été, sur ce point, aussi sérieuses et aussi complètes que sur d'autres parties de notre droit français, mais intéressantes et d'une application moins usuelle. On a cru voir dans les dispositions de l'article 883 du Code Napoléon la consécration d'un principe absolu, qu'il n'était pas permis, dans certains cas, de discuter, et l'on a raisonné, notamment à l'égard du cohéritier, non resté loti ou adjudicataire de l'immeuble indivis en suite de partage, comme si la déchéance rétroactive de ce dernier était la conséquence d'un fait positif réel, plutôt que l'application d'une théorie de droit toute fictive.

Par suite, on a été amené à décider d'une manière absolue que l'hypothèque concédée par le communiste sur un immeuble indivis, est éteinte de plein droit, lorsque, par l'événement du partage, l'immeuble se trouve rester entre les mains de l'un des copropriétaires.

(1) Voir cependant conformes à cette doctrine : Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, t. IV, n° 2392. — Arrêt d'Aix du 23 janvier 1835, *Journal du Palais* à sa date. Sirey, 1835. 2-267.

Digitized by Google

Nous pensons, au contraire, qu'il est permis de discuter le principe posé par l'article 883. Spécialement : pour entrer dans l'appréciation des décisions ci-dessus, nous croyons que l'extinction de l'hypothèque n'est pas aussi absolue, aussi radicale que le pense la cour de Lyon, lorsque le litige, n'intéressant plus les communistes, se concentre uniquement entre des tiers créanciers de l'un d'eux, par exemple, lorsque sur la vente judiciaire de l'immeuble indivis appartenant à deux copropriétaires et dépendant de la faillite de l'un d'eux, l'autre copropriétaire est resté adjudicataire et a consigné la partie du prix qu'il doit à titre de soulte.

La question se présentant alors entre les divers créanciers du failli, de savoir si la portion de prix due par le communiste adjudicataire, sera distribuée par voie d'ordre entre les créanciers hypothécaires ou par contribution au marc le franc entre tous les créanciers de la masse, nous pensons que l'article 883 du Code Napoléon n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires qui demandent une distribution par voie d'ordre.

Pour le démontrer, nous établirons les trois propositions suivantes :

Première proposition. — La fiction de l'article 883 n'est pas tellement absolue qu'elle ne *puisse* et ne *doive* recevoir des restrictions.

Deuxième proposition. — Etant établi que cette fiction n'est pas absolue, nous soutenons qu'elle n'a été édictée que pour les *communistes*, et quand il s'agit de *partage*, c'est-à-dire quand le but qu'on veut atteindre est *principalement*, *directement* de faire cesser l'indivision. Il ne s'applique pas quand les communistes sont *désintéressés*, et que le débat se concentre entre des tiers créanciers.

Troisième proposition. — Pour ce dernier cas, s'il faut reconnaître, *dans l'intérêt des communistes*, que par le fait de l'adjudication au copropriétaire, les hypothèques, du chef de l'autre, tombent de plein droit, il faut ajouter aussi, *dans l'intérêt des tiers*, que cette déchéance (que nous aurons démontrée n'être pas absolue) ne doit produire effet que dans les limites de l'intérêt de ceux pour lesquels elle a été édictée ; que dès lors les hypothèques sont bien éteintes, en tant que charges grevant l'immeuble ; mais que là se bornent les effets de l'article 883, qui n'est plus opposable aux tiers n'invoquant qu'un *droit de préférence* sur le

Digitized by Google

prix. Le droit de préférence aura survécu au droit de suite.

1° *La fiction de l'article 883 n'est pas tellement absolue, qu'elle ne puisse et ne doive recevoir des restrictions.* — Qu'est-ce en effet que la disposition consacrée par cet article ? C'est une innovation ; innovation grave, qui a substitué une autre règle aux principes romains : ceux-ci, prenant la vérité pour point de départ et non pas la fiction, considéraient le partage comme un véritable acte de transmission ; c'était la vérité : car chaque communiste ayant un droit de toute propriété sur chaque partie, il doit y avoir nécessairement transmission par le fait de la concentration de la propriété entre les mains d'un seul.

Ce système, quoique conforme à la vérité, à la réalité des choses, présentait de graves inconvénients : 1° l'hypothèque suivait l'immeuble grevé dans les mains du communiste resté loti ou adjudicataire ; 2° les créanciers avaient droit de poursuite et de vente ; 3° le communiste poursuivi et dépossédé avait un droit de recours contre le communiste débiteur ; en cas d'insolvabilité de ce dernier, recours contre tous ; 4° de là, des involutions de procédure, des lenteurs, des frais, la perturbation et le désordre jeté dans les familles.

Pour obvier à ces inconvénients, on a été amené à faire violence à la nature des choses, à leur réalité, et à supposer, par une sorte de fiction juridique qui dût passer pour la vérité légale, que le communiste avait toujours été propriétaire de la part qui lui était échue, et qu'il était censé tenir de l'auteur commun. De là cette formule qui résume la pensée du législateur moderne : « le partage est déclaratif, non attributif. »

Mais c'est là une fiction ; car : 1° s'il s'agit d'une succession, il y a eu saisine de plein droit (article 724 du Code Napoléon) au profit des héritiers au jour du décès ; 2° par le fait de la saisine, ces mêmes héritiers ont été investis de toute propriété ; 3° la loi même reconnaît cette transmission, puisque dans les articles 885 et suivants, elle détermine l'existence, et les proportions de la garantie à exercer entre les cohéritiers entr'eux : la garantie suppose nécessairement une transmission.

Pourquoi cette fiction ? Nous le savons maintenant, ce n'est pas qu'il y ait eu de la part du législateur impuissance pour connaître et apprécier le véritable caractère du partage. Mais il fallait conserver la fortune et la paix des familles, éviter les lenteurs et les frais des involutions de procédure.

Digitized by Google

Ceci dit, nous revenons à notre première proposition, et nous soutenons que la vérité juridique s'en trouve consacrée par la raison, la loi, la jurisprudence.

La raison : Car la disposition de l'article 883, est une disposition anormale, une fiction, c'est-à-dire une vérité artificielle, conventionnelle, une vérité d'accident, qui fait violence à la nature des choses, et qui, ainsi que tout ce qui est faux, doit être limité sévèrement, restreint le plus possible.

La loi : On en trouve la preuve et dans la loi civile, et dans la loi fiscale : 1° la loi civile qui, à peine a posé le principe du partage déclaratif, qu'elle attribue cependant à ce partage les caractères et les effets du partage transmissif, la garantie et les proportions de cette garantie (articles 884 et suivants); 2° la loi fiscale qui n'étant pas la loi civile, ne peut, il est vrai, faire autorité à ce point qu'elle tranche *de plano* la difficulté, mais qui est un enseignement, un élément précieux d'interprétation; car c'est le législateur qui va expliquer le législateur. Or, la loi fiscale reconnaît trois espèces de partage, présentant chacun des caractères différents : 1° pur et simple, chacun est investi d'une part dans les biens héréditaires; 2° partage avec soulte; 3° licitation. Le premier seul est considéré comme un acte purement déclaratif. Les deux autres présentent un caractère différent. Les partages avec soulte, et les licitations, dit Championnière (traité d'enregistrement, n° 2674), contiennent une transmission qui, pour les premiers, n'est pas la vente, mais qui a un caractère particulier, et pour les secondes, est une véritable vente précédant le partage. L'article 883 n'est pas applicable en cette matière; toutes les fois qu'il s'agira d'enregistrement, on ne pourra pas l'invoquer (Conf. cass. 23 février 1848; *Journal du Palais* 1848, 1,685), aussi la loi de frimaire tarife-t-elle les retours de partage de biens immeubles au droit de 4 p. 100 (art. 69, § 5, n° 5); les parts et portions indivises de biens immeubles acquises par licitation au droit de 4 p. 100 (art. 69, § 7, n° 4); tandis que le partage pur et simple est tarifé au droit fixe de 5 fr. (Loi du 28 avril 1816, art. 45.)

Enfin, la *jurisprudence* elle-même concourt puissamment à établir la vérité de notre proposition. Le principe général de la réserve avec laquelle il faut appliquer les dispositions de l'article 883, se trouve nettement posé dans maints arrêts de la cour de cassation (voir notamment les arrêts des 6 novembre 1852,

Digitized by Google

27 mai 1835, 13 août 1838, 3 décembre 1839 : *Journal du Palais* à leur date.) « Considérant, porte l'arrêt de 1832, que l'acception de l'art. 883 doit être restreinte dans ses plus strictes limites. » — L'arrêt de 1835 contient les passages suivants : « Attendu que toute dérogation au droit général, toute fiction doit être strictement restreinte au cas spécial pour lequel elle a été littéralement consacrée ; qu'il ne peut jamais être permis d'étendre une fiction, une dérogation, par analogie, d'un cas à un autre ; — Attendu qu'en réputant chaque cohéritier propriétaire depuis le jour de l'ouverture de la succession, des effets compris dans son lot, ou à lui échus, sur la licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession, l'art. 883 du Code civil admet une fiction dont l'unique objet est de favoriser les partages, cette fiction doit être restreinte au cas pour lequel elle a été consacrée ; — Attendu que le sens exclusif et restreint de la fiction admise par l'art. 883 est confirmé par les articles 884 et 885 ; que l'un établit la garantie des co-héritiers les uns envers les autres, et parle de l'acte de partage, comme l'art. 883 parle du lot de chaque cohéritier ; que l'autre rend chacun des cohéritiers obligé personnellement, d'indemniser son cohéritier de la perte que lui a fait éprouver l'éviction. »

Les autres arrêts contiennent des motifs semblables.

Pour la cour de cassation, la disposition de l'art. 883 doit donc nécessairement être restreinte aux seuls cas expressément déterminés par la loi (arrêt de 1838). Voilà le point de départ.

Si maintenant de ce principe général, posé par la cour de cassation, nous descendons aux diverses applications qui en ont été faites par les cours et tribunaux, nous reconnaîtrons que la règle de l'article 883 a reçu de nombreuses exceptions. Ainsi : 1° en matière de contrat de mariage, et spécialement de communauté entre époux, la jurisprudence décide que lorsqu'un immeuble qui appartenait en propre, par indivis, à une femme mariée en communauté est licité pendant le mariage, au profit du co-propriétaire, l'immeuble acquis pendant le mariage en emploi de cette moitié, indivise du propre, reste propre à la femme ; qu'on ne saurait prétendre, pour faire considérer cet immeuble comme un acquêt de communauté, que le propre vendu par suite de licitation ayant été adjugé au propriétaire de la seconde moitié, est censé, aux termes de l'article 883, avoir toujours appartenu en totalité à ce dernier, et qu'il aurait ainsi perdu

Digitized by Google

sa qualité de propre de la femme, à laquelle il serait censé, au contraire, n'avoir jamais appartenu (V. l'arr. de cas. du 11 décemb. 1850. — *Journal du Palais*, 1851, t. II, p. 573, et la note qui accompagne cet arrêt). M. Pont dont les appréciations jurisprudentielles font autorité, M. Pont approuve la décision de la cour de cassation et fait à ce sujet les réflexions suivantes (*Revue critique de jurisprudence*, 1852, mars, p. 140). Il rappelle d'abord l'opinion de Pothier (*De la communauté*, n° 100), qui se prononce ainsi : « Le retour n'est pas un simple effet mobilier de la succession auquel on puisse dire que le conjoint a succédé. On ne peut pas dire que ce soit un effet de la succession, puisque la succession était toute immobilière, et que ce n'est pas dans la bourse de la succession, mais dans la bourse particulière du cohéritier qui en est chargé que doit se prendre ce retour. Le retour de deniers, dont son cohéritier est chargé envers lui par le partage, doit donc passer pour une créance contre son cohéritier, mobilière à la vérité, mais qui lui tient lieu, non d'aucuns immeubles déterminés, n'ayant succédé qu'à ceux échus en son lot, mais d'un droit immobilier indéterminé. Cette créance lui est parvenue, durant le mariage, du droit qu'il avait à une succession immobilière, et par conséquent d'un droit immobilier ; elle doit donc, quoiqu'elle soit mobilière en soi, être exclue de la communauté. »

Ces considérations sont décisives encore aujourd'hui, dit M. Pont. C'est par elles, en effet, que la cour de cassation s'est déterminée, car elle exprime, dans son arrêt du 11 décembre 1850, que la fiction de l'article 883 du Code Napoléon ne s'applique point aux soultes fournies à l'un des copartageants, ces valeurs ne dépendant pas de l'hérédité pour compenser l'inégalité de son lot, et que ces valeurs participant, entre les mains de l'héritier auquel elles sont attribuées, de la nature des biens dont elles forment la représentation ou le prix, elles se trouvent ainsi substituées durant le mariage à des immeubles échus par succession, c'est-à-dire à des objets que leur nature et leur origine excluent de la communauté. Il s'ensuit qu'elles donnent lieu, lors de la liquidation de la communauté, à un prélèvement de la part de l'époux en faveur duquel la succession s'est ouverte. Tel est, ajoute M. Pont, l'avis de MM. Marcadé, Troplong, Odier, Zachariæ, Duranton et Paillet.

Quelle est donc, en résumé, la pensée de tous ces juriscon-

Digitized by Google

sultes? Quel est le sens et du paragraphe de Pothier, et de l'arrêt de 1850, et des observations de M. Pont? C'est que l'article 883 ne s'applique pas aux soultes de partage : 1° ces valeurs ne dépendent pas de l'hérédité, elles sont tirées de la bourse du communiste loti ou adjudicataire, pour compenser l'inégalité du lot du communiste auquel elles sont remises; 2° elles participent, entre les mains du copartagent ou de ses ayants cause, de la nature des biens dont elles forment la représentation ou le prix; 3° elles sont substituées à des immeubles, elles en prennent la place; 4° le sort de la soulte, dans certains cas, n'importe pas aux communistes; son emploi, sa destination, son mode de distribution sont choses qui leur sont parfois étrangères.

Mais, alors, si l'article 883 ne s'applique pas aux soultes de partage, quelles seront les conséquences? C'est que la soulte qui est *substituée* à l'immeuble, qui *représente* l'immeuble, qui *participe* de la nature de l'objet qu'elle représente, la soulte va conserver la nature et le caractère de cet objet, elle va rester *propre* entre les mains du mari.

Et pour rendre l'analogie plus frappante, pour faire comprendre tout le parti qu'on peut tirer des documents ci dessus, je suppose que la femme commune ait, antérieurement au mariage, pendant l'indivision, constitué des droits réels, *une hypothèque*, par exemple, sur son immeuble indivis; puis elle se fait séparer de biens. Une licitation survient après le mariage; c'est le copropriétaire qui est resté adjudicataire; une soulte est versée entre les mains du mari; puis des saisies-arrêts sont pratiquées par des créanciers chirographaires de la femme. Que va-t-il arriver?

Voilà en présence : un créancier *hypothécaire*, antérieur au mariage, et des créanciers *chirographaires* postérieurs. Le créancier *hypothécaire* va se présenter, non pas à l'adjudicataire (celui-ci est en dehors), mais au mari détenteur des deniers; et sa prétention est qu'il a conservé un droit de préférence sur le prix. De leur côté, les créanciers *chirographaires* vont soutenir que ce prix est *propre*, comme l'immeuble qu'il représente, et qu'ils ont une part à prendre dans sa distribution.

Si l'article 883 contient un principe *absolu*, il faudra dire : le copropriétaire adjudicataire étant réputé avoir toujours été propriétaire, l'autre copropriétaire (dans l'espèce : la femme) est censée ne l'avoir jamais été. Dès lors, le prix versé entre les mains du mari sera : 1° un acquêt de communauté; 2° une somme sur la-

Digitized by Google

quelle les créanciers hypothécaires ne pourront rien prétendre. Voilà la conséquence forcée du système qui voit un principe absolu dans les dispositions de l'article 883. Mais on ne veut pas de ce système. La cour de cassation le repousse. Que va-t-on faire? On va adopter un système *mixte, inexplicable, sans fondement juridique sérieux, plein d'arbitraire et d'injustice.*

Le même texte servira à repousser le créancier hypothécaire et laissera admettre la prétention des chirographaires. L'article 883 sera *sans force* pour faire tomber rétroactivement dans la communauté la soulte représentant la part de copropriété de la femme; pour empêcher les ayants cause de cette dernière de prélever sur l'actif de la communauté le montant de cette soulte; pour permettre au mari, ou à ses ayants droit, de venir *en concurrence* avec ceux de la femme. Et le même article serait assez puissant pour faire tomber rétroactivement les droits si légitimes du créancier hypothécaire, pour permettre aux créanciers chirographaires de venir en concurrence, au marc le franc, avec le premier. Un pareil résultat fait juger le système qui le produit.

Nous venons d'examiner quelle restriction la jurisprudence fait subir à la disposition de l'article 883 1° en matière de *communauté entre époux*. En voici une autre de même nature 2° en matière de *dotalité* : il est jugé que, lorsqu'un immeuble dotal indivis est adjugé au copropriétaire autre que la femme dotale, l'adjudicataire a le droit d'exiger le remploi du prix. Donc la femme n'est pas censée n'avoir jamais eu la propriété de l'immeuble licité. (Voir notamment et entre autres un arrêt d'Amiens, du 19 juin 1847, *Journal du Palais*, année 1848, vol. 1er, p. 247.)

3° En matière de *faillite;* jugé que l'hypothèque légale de la femme ne s'étend pas à la partie de l'immeuble que le mari copropriétaire acquiert sur licitation et qu'il ne possédait pas avant le mariage (Paris, 8 avril 1851 ; Lyon, 8 mai 1851).

4° Mais la restriction qui présente le plus d'analogie avec celle qu'a admise le tribunal de Lyon cette année, c'est celle qui est apportée en matière de succession bénéficiaire ; sur ce point, la collection des arrêts de la cour de Lyon fournit un document précieux, intéressant et grave, non moins par le talent des avocats qui l'ont obtenu, que par le nom et l'autorité des magistrats qui ont concouru[1] à en enrichir les annales de la jurisprudence.

(1) Présidence de M. de Belbeuf.—Conclusions de M. Gilardin.—Plaidants : Mes Vincent, Magneval, Genton et Desprez.

Digitized by Google

C'est un arrêt du 28 novembre 1838 (V. *le Recueil de la cour de Lyon*, année 1839, p. 184). Cet arrêt décide qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 883, en matière de licitation, au profit de l'un des cohéritiers des biens dépendant d'une succession bénéficiaire « attendu, porte l'arrêt, que l'héritier bénéficiaire qui se rend adjudicataire sur licitation judiciaire des biens de la succession doit être assimilé en tout à un étranger adjudicataire; qu'il ne doit être considéré que comme un administrateur, faisant procéder à la vente des biens pour liquider la succession et pour arriver plus tard à partage, s'il y a lieu; que dès lors *les hypothèques conférées par l'héritier doivent continuer de subsister.* »

L'analogie que présente l'espèce jugée par cet arrêt et celle que nous étudions est très-saisissable.

Dans les deux cas, il s'agit de biens dépendant d'une masse grevée.

Dans les deux cas, l'initiative des poursuites est prise par les créanciers. Le mode de proceder est le même.

En apparence, c'est un *partage* qu'on demande; en réalité, c'est une *liquidation* qu'on poursuit. Mais si, en matière de succession bénéficiaire, on considère comme une demande de liquidation l'action en partage d'immeubles intentée par le créancier hypothécaire d'un cohéritier; à combien plus forte raison en doit-il être ainsi, en matière de faillite, d'une demande de cette nature formée par un créancier hypothécaire du failli?

En résumé, sur notre première proposition, le principe du partage *déclaratif* n'est pas un principe absolu. Mais il ne faut pas conclure de là que ce soit une disposition sans règle précise qu'on puisse appliquer ou ne pas appliquer discrétionnairement; qui soit dépourvue de limites juridiques et soit livrée ainsi aux interprétations les plus arbitraires.

2° *Etant établi que la fiction consacrée par l'article* 883, *n'est pas tellement absolue qu'elle ne puisse et ne doive recevoir des restrictions, il reste à examiner quelles sont les limites dans lesquelles elle doit être renfermée.* — Nous sommes disposé à soutenir que le principe du partage déclaratif n'a été édicté :

1° Que *pour les communistes* (voilà pour les personnes);

2° Que pour les opérations qui ont le caractère d'un partage, dont le but est la cessation de l'indivision (voilà pour les choses).

Que, dès lors, l'article 883 n'est pas applicable quand :

Digitized by Google

1° Les communistes sont désintéressés;

2° Le demandeur en partage de l'immeuble indivis, au lieu de se poser comme héritier ou copropriétaire voulant obtenir la cessation, fait plutôt, en réalité, acte de créancier poursuivant une liquidation dans le but de se faire désintéresser.

Laissons de côté cette seconde partie dont la vérité juridique nous paraît suffisamment démontrée par l'arrêt de la cour de Lyon, que nous avons précédemment fait connaître.

Qu'il nous suffise de démontrer que la disposition anormale, exceptionnelle de l'article 883 n'a été édictée que dans l'intérêt des communistes, sans que le législateur ait pensé aux tiers ; que cet intérêt des communistes est la limite au delà de laquelle on ne peut, sans outre-passer le vœu de la loi, appliquer la fiction qui nous occupe.

Cette démonstration nous paraît résulter et de la *place* de l'article 883, et de son *esprit* et de son *texte :*

1° *Sa place.* Le législateur s'occupe du titre 1er du livre III. c'est-à-dire du règlement de certains intérêts qui naissent et qui sont mis en mouvement par suite de l'ouverture d'une succession. Il s'agit de la conservation de la famille, de sa tranquillité, de la fixation et de la garantie des droits de chacun de ses membres. Il s'agit de composer les comptes ; de fixer les rapports, de former la masse, de régler les fournissements, d'autoriser les prélèvements, de déterminer enfin les effets des opérations une fois consommées ; toutes choses, toutes affaires d'intérieur bien suffisantes, et au delà, à elles seules, pour concentrer et absorber l'attention du législateur : de l'intérêt des tiers, des droits, des créanciers hypothécaires, ce n'est pas le lieu d'en prendre souci ; on s'en occupera autre part.

2° *Son esprit.* La pensée du législateur, son but en édictant l'article 883, on le connaît. Il suffit pour cela d'ouvrir le premier commentateur venu. Tous répondront : l'article 883 est une arme donnée pour défendre la paix et la tranquillité des familles, ménager la bonne harmonie, éviter les frais et les lenteurs résultant des involutions de procédure. Il ne s'agit que de la *famille*, des *héritiers*, des *communistes*. D'où la conséquence que ces derniers se trouvant *désintéressés*, nul ne peut se servir de cette arme tout à fait de circonstance et d'exception, surtout pour attaquer des droits acquis et légitimes.

3° *Son texte.* Il ne faut pas assurément s'attacher trop servi-

Digitized by Google

lement au texte; faire plus de cas que de raison des arguments de grammaire. Cependant, il n'est pas inutile de chercher dans les mots employés la pensée qui s'est fait déjà pressentir, qui a reçu des considérations d'une autre nature une certaine révélation. Ce pressentiment, que la pensée du législateur se trouve concentrée dans l'article 883, sur l'intérêt des communistes, il nous a paru résulter de la place et de l'esprit de cet article. Comment cette pensée se traduit-elle par l'expression? L'article porte : « Chaque *cohéritier* est censé avoir *succédé seul*, etc. » Ces premiers mots nous indiquent déjà qu'il s'agit de *succession;* de succession dont la saisine profite à *plusieurs*, c'est-à-dire de *cohérédité*. Le mot *seul* trahit la préoccupation du législateur. Il s'agit évidemment et uniquement de déterminer la situation respective des *cohéritiers* entre eux. Celui qui est resté loti ou adjudicataire, est censé avoir succédé *seul*, non pas dans le rapport de *toute* personne, car il n'est question que de ceux qui ont cosuccédé, et les étrangers ne sont pas de ce nombre; mais *seul* dans le rapport de ses cohéritiers. L'article ajoute : « *Si tous les effets* compris dans son lot. » Qu'est-ce à dire? sinon que l'effet, la chose auxquels a succédé le cohéritier, sont francs et quittes de toutes charges. Là se borne la pensée de la loi. Quant au prix, à la soulte, au retour fournis par le cohéritier loti à celui qui ne l'est pas, le législateur n'a pas eu l'intention de l'atteindre. Aussi ce prix, cette soulte, ce retour se trouvent-ils prendre la place de la partie équivalente de l'effet successoral, participer à sa nature et remplir le même rôle, dans le rapport des tiers créanciers, que la loi n'a pas voulu frapper sans nécessité, sans profit pour le communiste détenteur. Or, nous savons que c'est l'intérêt de ce dernier qui préoccupe le législateur, de la même façon qu'au chapitre de la purge, c'est de l'intérêt du tiers détenteur que le législateur paraît soucieux : la purge a été introduite pour la sûreté des acquéreurs; la fiction de l'article 883 a été édictée pour la sûreté du communiste loti et le maintien de l'harmonie parmi tous les communistes. Dans les deux cas, on a voulu assurer la stabilité de la propriété; prévenir des recours en garantie qui emporteraient avec eux trouble et complication. Seulement, dans un cas, il a suffi *d'acheter*, pour faire tomber l'hypothèque; dans l'autre, il a fallu faire suivre l'acquisition de certaines formalités prescrites déterminées. Nous arrivons ainsi à la troisième proposition qui semble un corollaire des deux autres.

Digitized by Google

3° Dès lors qu'il est établi que la fiction consacrée par l'article 883 n'est pas absolue ; qu'elle peut, qu'elle doit recevoir des restrictions ; qu'il faut étendre ces restrictions jusqu'à la limite de l'intérêt des communistes que le législateur de l'article 883 a seuls eus en vue, il n'y a plus qu'une difficulté à surmonter : c'est celle de savoir si dans un débat qui reste étranger aux communistes, qui se concentre exclusivement entre les tiers créanciers hypothécaires, en face de chirographaires ; si le droit hypothécaire des premiers qui, s'il était exercé dans son intégralité, atteindrait inévitablement le tiers détenteur, si ce droit peut se scinder de façon à sauvegarder les intérêts des créanciers hypothécaires sans nuire aux communistes ; si, en un mot, le droit de préférence peut survivre au droit de suite. Eh bien ! cette dernière difficulté n'en est pas une ; car non-seulement le droit de préférence survit au droit de suite, mais on peut dire, avec la loi, que ce droit peut survivre en quelque sorte même à l'*extinction* de l'hypothèque. Et d'abord, que le droit de préférence puisse survivre au droit de suite ; s'exercer à d'autres conditions ; l'un subsister sans l'autre ; que l'absence de l'un ne doive pas nécessairement conduire à la privation de l'autre : ce sont là des vérités juridiques élémentaires.

Et en effet : *Première raison.* — Les priviléges sur les meubles produisent un droit de préférence sans produire de droit de suite (Troplong, *hypothèques*, n° 985, in fine) : « Il suit de là, dit M. Troplong, que le droit de préférence est tout à fait séparé du droit de suite, et rien n'empêche que le droit de préférence n'ait lieu, quand le droit de suite n'existe pas. C'est une vérité à laquelle il faut faire une grande attention, car j'ai vu, ajoute M. Troplong, beaucoup de personnes qui, faute d'avoir réfléchi sur l'ensemble de nos lois hypothécaires, étaient imbues de l'opinion que le droit de préférence est l'accessoire inséparable du droit de suite. C'est une erreur féconde en conséquences funestes et contre laquelle on ne saurait trop s'élever. » (Troplong, id., n° 415).

Deuxième raison. — Dans l'ancienne jurisprudence, non-seulement dans les pays de droit écrit, mais en Bretagne, en Normandie, dans le ressort du parlement de Toulouse, il y avait des hypothèques, que n'accompagnait pas le droit de suite (id. n°s 396-397).

Troisième raison tirée de ce qui se passe en matière de purge ordinaire, art. 2186 du Code Napoléon. — Ici, non-seulement, le droit de préférence survit au droit de suite, mais survit même

Digitized by Google

à l'hypothèque, puisque l'immeuble se trouve purgé, et que la purge éteint l'hypothèque (arg. de l'art. 2180, 3°).

Quatrième raison tirée de l'art. 2198 du Code Napoléon.—Cet article décide, en effet, que le créancier omis dans le certificat délivré par la conservateur à l'acquéreur qui veut purger, perd bien son droit de suite, à l'égard de cet acquéreur, mais conserve, cependant, le droit de se faire colloquer à l'ordre à son rang, pourvu que le paiement du prix n'ait pas été consommé par l'acquéreur, ou que l'ordre n'ait pas été homologué. Ici encore le droit de préférence survit au droit de suite.

Cinquième raison. — Enfin, nous pouvons encore argumenter de ce qui se passe en matière de purge des hypothèques légales, à défaut d'inscription, dans le délai prescrit par la loi (art. 2198, Cod. Nap.). Cette dernière considération pourra être décisive auprès de tous ceux qui pensent, comme la majorité des auteurs et des tribunaux, que la femme ne perd pas son droit de préférence avec son droit de suite, parce qu'elle aurait négligé de faire inscrire, dans les délais, son hypothèque légale, conformément aux dispositions des articles 2194 et suivants du Code Napoléon. Chacun connaît le long et important débat qui s'est élevé sur cette question. La cour de cassation s'est, jusqu'à présent, prononcée pour l'extinction complète du droit de préférence et du droit de suite. Son dernier arrêt est en date du 23 février 1852; il a été rendu contrairement aux conclusions de M. le procureur général Delangle, et se trouve critiqué par les arrêtistes (voir *Journal du Palais* 1852, tome Ier, p. 258, — Sirey, 1852, p. 81, — Dalloz, 1852, p. 39). Nous avons dit que la majorité des auteurs et des tribunaux s'était prononcée pour l'opinion contraire à celle de la cour de cassation.

Loin de nous la prétention d'engager une discussion à cet égard, mais il est peut-être permis de penser que la cause de la femme et de ses droits légitimes d'hypothèque est à moitié gagnée, depuis la récente promotion du magistrat éminent, qui a été appelé à présider la cour suprême. Le prochain arrêt qui interviendra, modifiera peut-être l'ancienne jurisprudence.

Nous ne voulons pas achever cette étude sans dire un mot d'une objection qui nous avait frappé d'abord, mais qui n'a de valeur qu'en apparence. Ce n'est pas une objection *d'équité* (l'équité est toute entière du côté de la thèse que nous défendons), ni une objection de raison, non plus que de *justice*, ni même une

Digitized by Google

objection de *droit*, car le texte est muet, et la pensée du législateur n'apparaît pas. C'est une objection de *raisonnement* et de *prétendue logique*. On dit : aux termes de l'art. 883 du Code Napoléon, le cohéritier loti ou adjudicataire sur licitation, est *censé* avoir toujours été propriétaire de l'objet qui lui est échu. S'il est censé avoir toujours été propriétaire, ses cohéritiers seront censés ne l'avoir jamais été. S'ils sont censés n'avoir jamais été propriétaires, il n'ont jamais pu constituer d'hypothèque. Voilà l'objection. Mais d'une part, cette objection tombe si l'on admet, comme nous l'avons soutenu, que le principe de cet article n'est pas absolu, qu'il est seulement relatif aux droits, aux intérêts des communistes, et que ces derniers se trouvant désintéressés, il n'est plus d'aucune application. D'autre part, on veut être logique ; mais pourquoi donc cette rigueur de déduction ? Une logique aussi sévère se concilie-t-elle avec la fiction ? Ce puritanisme de raisonnement ne porterait-il pas à faux ? La logique n'est faite que pour la vérité. La meilleure logique consiste à rentrer dans la vérité *vraie*, qui est en même temps la vérité *juste*, aussitôt que rien ne force à rester dans la vérité artificielle, dans la vérité d'accident, aussitôt que les motifs qui ont fait imaginer la fiction ne subsistent plus. C'est ainsi que se dissipe à l'examen cette objection banale et aveugle, qui se reproduit si souvent et qui se résuma par cet adage : *Dura lex, sed lex*.

Concluons donc que cette exception grave, anormale, peu naturelle et par suite très-impopulaire, que cette fiction de l'art. 883 a produit tout son effet juridique, a réalisé la pensée du législateur, quand elle a mis à couvert les intérêts des communistes quelconques ; c'est-à-dire quand l'immeuble indivis d'abord, puis adjugé à l'un des communistes se trouve affranchi de toute charge ; qu'il n'y a plus de danger à redouter de la part des créanciers hypothécaires, qui, sans ces dispositions, auraient suivi l'immeuble entre les mains du détenteur ; que, par suite, il ne pourra pas y avoir de recours à exercer de la part du détenteur attaqué contre le véritable et primitif débiteur ; de ces actions en garantie qui se croisaient et devenaient l'occasion de complications funestes. Mais là se bornent les effets de la fiction. C'est déjà bien assez qu'un avantage quelconque soit acquis au prix de l'équité et de la véritable logique. Aller au delà, ce serait dépasser le vœu du législateur, froisser, détruire des intérêts et des droits acquis légitimes ; reconnaître sans nécessité qu'il y a des dispo-

Digitized by Google

sitions de loi sans raison d'être, et, ce qui est pire encore, faire de la loi discrétionnairement, arbitrairement, un instrument d'injustice, un objet de malédiction!!

VICTOR DUQUAIRE,

Avocat à Lyon, rédacteur en chef du *Moniteur judiciaire*.

ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES.

Rapport sur le concours au prix de législation et de jurisprudence, ouvert en 1851.

En 1851, l'Académie avait mis au concours le sujet suivant :

Quels sont au point de vue juridique et au point de vue philosophique les réformes dont notre procédure civile est susceptible?

Dix mémoires parvinrent à l'Académie sur cette question; aucun ne fut jugé digne du prix.

Cependant trois de ces mémoires furent signalés à l'attention de l'Académie. La section de législation avait remarqué dans ces écrits estimables, quoiqu'à des degrés différents, des observations pleines de justesse, une connaissance exacte et pratique de la matière, et un esprit de discernement et de modération dans la critique, qui recommandaient les auteurs de la plupart de ces travaux.

Ce sujet fut remis au concours pour l'année 1853, dans les mêmes termes.

L'intention de l'Académie était manifeste. Les concurrents devaient d'abord rechercher ce qu'il y a de fondé dans les critiques nombreuses qui ont été dirigées *soit* contre le système de notre procédure civile, *soit* contre quelques-unes de ses dispositions. Si la nécessité ou l'utilité d'une réforme dans nos lois judiciaires résultait pour eux de cet examen, il était de leur devoir d'indiquer les principes auxquels devait se rattacher cette réforme, le but qu'elle devait atteindre et l'esprit qui devait présider à sa rédaction : en ayant soin toutefois de ne pas négliger les précautions nécessaires pour réaliser sans trouble les innovations proposées.

En un mot, l'Académie demandait, des concurrents, une

Digitized by Google

théorie raisonnée et philosophique de la procédure civile, c'est-à-dire de la raison d'être des formalités judiciaires, ou, en d'autres termes, des moyens de procurer avec célérité, sûreté et économie, l'action de la loi et son application actuelle aux citoyens contraints de recourir à l'autorité des tribunaux pour obtenir ce qui leur appartient. Du rapprochement de cette théorie et du système de nos lois de procédure devaient ressortir nécessairement la nature du mal et la nature du remède.

Rien n'a été négligé pour que la question fût bien comprise, que les concurrents ne se préoccupassent pas uniquement des lois qui étaient l'occasion du sujet, et ne considérassent pas le remaniement et la révision de ces lois comme le sujet lui-même.

Un programme fut rédigé et publié pour élucider la question. Les développements que ne comportait pas l'étendue du programme, trouvèrent place dans le rapport de la section de législation qui en accompagna la publication.

Dans notre séance publique annuelle, la voix éloquente et persuasive de notre honorable président indiqua aux concurrents le chemin qu'ils devaient suivre Il les appela, sur les traces et à l'imitation de Filangieri et de Beccaria, à rendre à la procédure civile le même service que ces écrivains avaient rendu à l'instruction criminelle *en la faisant sortir de la poussière des greffes et de l'obscurité des études, pour la soustraire aux préjugés intéressés de la pratique, la rattacher aux notions générales de la philosophie et la conformer aux règles de la saine raison.*

Les concurrents n'ont pas perdu courage, et il a été déposé cette année *neuf mémoires* au secrétariat de l'Institut. Parmi ces mémoires, il a été facile d'en reconnaître plusieurs qui nous revenaient après avoir été retouchés et augmentés.

En général, cependant, les remaniements sont loin d'être complétement satisfaisants. La plupart des concurrents n'ont pas su résister à la tentation de refaire le Code de procédure civile ou de le réviser entièrement. Quelques-uns proposent un nouveau Code, d'autres un système complet d'amendements du Code actuel ; il en est qui procèdent révolutionnairement et qui détruisent l'ordre judiciaire et abolissent les formes actuelles de l'instruction pour tout reconstruire. La plupart égarés par l'esprit de détail ont fait la guerre aux articles et ont négligé de remonter aux sources du droit. Ils ne se sont pas souvenus que c'était une Académie qui les interrogeait et qui leur demandait

Digitized by Google

un travail scientifique ; ils ont répondu comme auraient pu le faire des magistrats ou des praticiens consultés par le gouvernement sur un projet de loi. Les sages précautions prises par l'Académie ont été mal comprises et même méconnues. L'un des concurrents, pour justifier sa méthode, soutient que c'est notre honorable président qui s'est mépris, quand il a comparé la réforme de la procédure civile à celle de l'instruction criminelle. Selon lui, dans la réforme de l'instruction criminelle, on était inspiré par la grandeur et l'importance des résultats ; il s'agissait de la liberté, de l'intégrité de la défense, droit imprescriptible, aussi indispensable pour les juges que pour les accusés, puisque s'il secourt la faiblesse et protége l'innocence des uns, il dissipe les préventions involontaires des autres et les sauvegarde contre les surprises d'un zèle qui ne serait pas selon la justice. On revendiquait enfin la puissante sanction des lois pour les débats oraux et la publicité de l'audience, conditions essentielles qui balanceraient tous les défauts d'une procédure vicieuse, on les réclamait dans l'intérêt de la société, toujours en cause, dans l'instruction des procès criminels.

A entendre ce censeur, rien de semblable ne se rencontre dans la procédure civile, et il n'est pas surprenant, selon lui, qu'elle n'ait pas attiré jusqu'ici l'attention des philosophes et des publicistes.

Il est nécessaire de redresser, en ce point, le jugement erroné de l'auteur du mémoire, qui méconnaît complétement l'importance de son sujet.

Si la procédure civile ne présente point les scènes émouvantes de la procédure criminelle, si elle ne tient pas le glaive de la loi suspendu sur la tête des accusés, elle garantit des intérêts non moins saints : ce sont en effet la liberté individuelle en matière de contrainte par corps ou d'aliénation mentale, l'état et la capacité des personnes, l'exécution des engagements, la religion du serment, la sécurité et la transmission des propriétés qui, devant les tribunaux civils, sont garantis par les formes judiciaires. La multiplicité et la combinaison des formalités, la durée des délais, l'irrégularité des significations, les chances de nullité plus ou moins nombreuses qui menacent les actes de procédure, les doutes et les équivoques sur le domicile ou la résidence des personnes, et la compétence des tribunaux peuvent compromettre la liberté, l'État, les droits civils des personnes et même les faire

Digitized by Google

périr. Or, ces choses intéressent profondément l'ordre social, et sont dignes, au plus haut degré, des méditations des philosophes et des législateurs.

Un autre concurrent va plus loin. Mécontent du jugement de l'Académie sur son mémoire, il discute cette décision, et il réfute les motifs de ce jugement, exposé par le rapporteur. Les développements du programme sont à ses yeux un excès de pouvoir, ils limitent l'étendue de la question et restreignent à tort la liberté *d'opinion des concurrents.*

Il nous semble que le droit de l'Académie est incontestable. Comme elle pose les questions, il lui appartient de les circonscrire. Si la question posée ne convient pas aux concurrents, ils conservent l'entière liberté de leur opinion. Ils n'ont qu'à porter le débat devant le public, et traiter le sujet qu'ils choisiront, le même sujet, s'ils le veulent, que celui proposé par l'Académie, sans que rien gêne ou contrarie leur allure. Nous devons regretter que ce concurrent qui persévère dans la même voie, n'ait pas présenté cette année une œuvre qui ait pu obtenir l'approbation de la section, elle aurait proposé avec empressement à l'Académie de le couronner, malgré la mauvaise humeur que respire son mémoire; et l'Académie aurait sans doute été bien aise de lui prouver qu'elle est équitable avant tout, et que quand elle reconnaît qu'ils ont raison, elle prononce en faveur de ceux même qui, au mépris de toutes les bienséances, se permettent de la condamner elle-même.

Après une mûre délibération, la section de législation, de droit public et de jurisprudence, a résolu définitivement de proposer à l'Académie de décerner le prix au mémoire n° 8, d'accorder une mention honorable au mémoire n° 5, et de signaler à l'attention de l'Académie comme dignes d'être remarqués, les deux mémoires numérotés 4 et 3.

Une première considération l'avait déterminée en mettant au concours, l'année dernière, le sujet proposé pour l'année 1851. L'Académie avait remarqué qu'il était devenu l'objet d'études spéciales et de travaux sérieux, et qu'il y avait lieu d'espérer qu'un nouvel appel exciterait une salutaire émulation, et pourrait produire de nouveaux essais utiles à la science et à la législation, et profitables à la société. Cette espérance s'est réalisée. Il ne faut pas récompenser seulement ceux qui ont bien fait, il faut encore encourager ceux qui sont propres à bien faire. La science

Digitized by Google

du droit est trop souvent abandonnée de nos jours pour le métier; il est nécessaire de rappeler ceux qui s'y livrent aux grandes et fortes études; il est utile d'indiquer à la jeunesse les sources du vrai savoir.

La section de législation m'a chargé de vous rendre compte des mémoires envoyés au concours. Je vais le faire aussi brièvement qu'il me sera possible; je me bornerai à indiquer ce qui caractérise chacun d'eux.

Le mémoire n° 1 est intitulé : *Études sur les réformes judiciaires*. Il est placé sous cette épigraphe : *La procédure usitée devant les tribunaux civils et le ministère des avoués sont inutiles, puisque dans toutes les autres juridictions ils sont proscrits, et que les affaires s'y jugent plus promptement et aussi bien.* Ce mémoire est contenu dans 149 pages in-4°.

C'est une ébauche à laquelle l'auteur n'a pas mis la dernière main. Un nouveau Code de procédure civile aurait dû être joint à son travail; il y manque. Son système comporte la révision de l'organisation judiciaire, et la réforme du Code civil. Sa pierre angulaire est la suppression des avoués. Dans son épigraphe, dont il est l'auteur, il pose en fait ce qui est au moins en question. De tout temps, on s'est recrié contre les abus de la procédure et la rapacité des praticiens. Mais la procédure est indispensable, tous le reconnaissent; et il faut à la procédure des officiers pour la mettre en mouvement et en œuvre, comme il faut des moyens de transport aux voies de communication. Du reste cet essai a le mérite d'indiquer avec sagacité différents vices de notre Code de procédure.

Le mémoire n° 2 ne porte point de titre. Il a pour épigraphe un passage de Montesquieu, *Esprit des lois*, livre VI, chap. II, ainsi conçu : *Si vous regardez les formalités de la justice par rapport à la peine qu'a un citoyen à se faire rendre son bien, vous en trouverez sans doute trop; si vous les examinez dans le rapport qu'elles ont avec la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu.* Ce mémoire se compose de 72 pages in-4°.

Une extrême concision est le principal mérite de ce mémoire. Le système de l'auteur est diamétralement opposé à celui de l'auteur du précédent mémoire, il regrette que les avoués ne puissent exercer leur ministère auprès des justices de paix et des tribunaux de commerce; il se prononce avec raison contre l'abus des défenses écrites. Elles furent dans l'origine une grande amé-

Digitized by Google

lioration, un véritable progrès de civilisation. Avec elles, l'administration de la justice fut nécessairement remise aux mains des clercs ou *hommes lettrés*. Mais l'abus suivit promptement l'usage : dès le XVIe siècle, les grands jurisconsultes reconnaissaient l'excellence du débat oral et de l'audience. Aujourd'hui l'usage des écritures dégénère, en beaucoup de cas, en superfluité et en exaction. Dans sa brièveté, ce mémoire contient des vues saines et des observations exactes, mais il est loin de répondre aux conditions du programme.

Le mémoire n° 6 est intitulé : *Des vices et des réformes de l'organisation judiciaire et de la procédure civile en France*, avec cette épigraphe : *Fiat lux*. Il contient 612 pages in-4°.

L'auteur de ce mémoire développe d'abord l'utilité et la nécessité des formes de la procédure dans une introduction irréprochable. Il développe très-exactement et souvent dans les mêmes termes les principes exposés dans le programme, dans le rapport qui le précède, et dans le discours de M. de Tocqueville. Ce n'est point un reproche que nous lui adressons, ce serait plutôt un éloge. L'auteur remarque que les innovations, qui ont tout transformé en France depuis le tiers du dernier siècle, ont à peine modifié les lois judiciaires. Cette circonstance lui fait penser qu'on exagère un peu quand on dit qu'il n'y a rien parmi nous qui soit à l'abri des révolutions, puisque la procédure civile paraît avoir ce privilége. C'est sans doute en vue de l'en dépouiller qu'il a composé son mémoire, car sa réforme est une véritable révolution. Il commence par renverser de fond en comble notre organisation judiciaire pour ramener tout à l'unité de juridiction et à une seule et même compétence. Afin d'éviter les déclinatoires et les renvois d'un tribunal à un autre, il propose de transformer les justices de paix en tribunaux universels, de doubler le nombre des procès en transformant les tribunaux de première instance en cours d'appel, de transformer les cours d'appel en chambres des requêtes de la cour de cassation, et sous prétexte de rendre la responsabilité des officiers de justice plus efficace, de substituer le jugement d'un juge unique à l'arrêt rendu par plusieurs. Il voudrait que les tribunaux siégeassent tous les jours sans laisser aux juges, dont le nombre serait ainsi réduit, ni repos ni loisir pour leurs études ou pour leurs méditations. Il prétendrait assimiler les avoués aux avocats, afin de grandir les avoués et leur rendre le sentiment de leur dignité, sans faire

Digitized by Google

attention à l'effet d'une semblable mesure à l'égard des avocats.

Il suffit de faire connaître les données d'une telle réformation, pour mettre l'Académie à portée d'en apprécier la convenance et la possibilité. Je n'essaierai point de la discuter ; mais je ne puis supprimer une observation qui me frappe : c'est la singulière idée qui semble prévaloir dans certains esprits, en ce qui concerne l'ordre judiciaire, symptôme déplorable de la décadence de la science du droit public parmi nous. On dirait, à entendre certains discoureurs, que les tribunaux sont institués pour la procédure et qu'il faut les proportionner aux nécessités des formalités judiciaires. On perd de vue que l'ordre judiciaire est un pouvoir public, que sa constitution fait partie de la constitution même de l'Etat, et que des considérations d'un ordre bien plus élevé que de simples considérations de forme doivent présider à son organisation. Sans doute l'*ordre de justice* doit être institué de la manière la plus convenable au service des justiciables et à l'utilité de la bonne administration de la justice, mais si les formalités judiciaires doivent être appropriées à la constitution des tribunaux, si elles doivent en faciliter l'accès, elles doivent surtout faciliter leur action. Au reste, si le mémoire dépasse le but, il est remarquable par un tableau succinct, mais complet, de l'organisation judiciaire de l'ancienne France.

Le mémoire n° 7 est intitulé : *Addition ou complément justificatif pour le mémoire n° 9 déposé le 31 décembre 1850 sous la légende : Paravi lucernam.* Le mémoire actuellement déposé porte ces mots pour unique épigraphe. Ce mémoire se compose de 174 pages in-folio.

Je dois compte à l'Académie d'une note préliminaire que je ne comprends pas ; la voici :

« Je multiplie les avis que ce mémoire est la suite, l'annexe, « le tome second, la justification du mémoire n° 9 déjà produit, « et j'observe d'ailleurs strictement la règle touchant le secret « du nom, afin d'éviter, s'il est possible les deux accidents qui « me sont déjà arrivés, malgré de pareilles précautions, d'avoir « été du concours à une seconde tentative sous prétexte : une « première fois que je ne présentais qu'une partie du travail et « une autre fois que l'auteur du n°... ne s'est pas fait connaître ; et « cela, quand, sur la première tentative, l'Académie me promet- « tait sauf révision, le prix doublé avec un autre concurrent. »

Je crois également de mon devoir de répéter ici le passage du

Digitized by Google

rapport que j'ai eu l'honneur de faire l'an dernier à l'Académie sur le mémoire n° 9. Elle jugera s'il était de nature à exciter la susceptibilité de l'écrivain :

« L'auteur est un homme versé dans la pratique, ainsi qu'il « le dit lui-même. Il fait preuve d'expérience, en provoquant « l'abolition de divers abus qu'on ne peut connaître, sans être « initié à la marche des affaires, et qu'il a pris sur le fait. Il a éta- « bli que la procédure est inhérente à l'ordre social, qu'elle est « un des premiers besoins d'une nation qui est civilisée, et une « des garanties les plus nécessaires à la paix publique, puis- « qu'elle ouvre au redressement des griefs une voie légale qui « prévient les voies de fait. Malheureusement les réformes pro- « posées par l'auteur pèchent par excès. »

Ce n'est pas la faute de l'Académie, si, pour diminuer les frais de justice, l'auteur du mémoire ne trouve pas de meilleur moyen que de supprimer radicalement une partie des revenus de l'Etat, sans daigner examiner si les droits de greffe, de timbre et d'enregistrement ne sont pas liés à des garanties nécessaires pour la sûreté des justiciables, et s'il ne faut les considérer que comme une damnable invention du fisc. N'est-il pas plus vrai de dire au contraire que les formalités judiciaires n'ont été considérées dans l'origine comme matière imposable, que parce qu'elles étaient nécessaires et utiles, et que l'excès et l'abus de l'impôt auquel elles sont soumises, sont loin de prouver que leur usage soit inutile et leur introduction abusive?

Le mémoire n° 9 est intitulé : *Réformation de la justice civile considérée au triple point de vue philosophique, politique et juridique*, il porte pour épigraphe : *Quid leges sine moribus.* Il se compose de 4 volumes in-4° contenant 1,303 pages.

Ce volumineux mémoire est un ouvrage complet. Selon son auteur, une sage réforme est une seconde création; il faut d'abord dessécher la source des procès, alors la procédure deviendra sans objet, faute d'aliments; elle fera place à la vérité des faits que personne ne doit pouvoir changer. Pour arriver à ce merveilleux résultat, l'auteur embrasse toutes les matières du droit : *le droit international, et le droit national.* Il divise ce dernier en *droit privé et droit public;* le droit public a trois branches, à savoir : le *droit politique et constitutionnel*, *le droit exécutif et administratif, et le droit judiciaire;* et il distingue le droit privé en *législation et en jurisprudence.*

Digitized by Google

Mettant ensuite la main à l'œuvre, il propose la codification de toutes nos lois anciennes, intermédiaires et nouvelles. Il recompose l'ordre judiciaire, et comme il ne laisse rien d'inaperçu, il propose la suppression des journaux d'annonces des départements et l'établissement à leur place d'un unique journal qui rendrait des millions à l'État. Enfin il entreprend la réformation complète du Code civil. Nous ne pouvons le suivre dans ce laborieux travail, dont l'étendue fait preuve d'études persévérantes et louables; il aborde ensuite la révision ou la recomposition du Code de procédure civile, et il indique succinctement *article* par *article* toutes les réformes qu'il juge utiles. Cette partie de son travail, ainsi que celle qui se rapporte au Code de commerce, n'est pas susceptible d'analyse. Elle nous entraînerait dans de minutieux détails, étrangers aux études de l'Académie. C'est surtout dans la *législation à faire* que l'auteur du mémoire est essentiellement novateur. Il bouleverse les compétences, il change les attributions, il supprime *la cour des comptes*, *les conseils de préfecture*, *le conseil d'État*, et toutes ces réformes, il ne les propose pas comme le résultat d'un système et d'une théorie philosophique, d'une vue d'ensemble et de coordination, de l'ordre administratif judiciaire; mais seulement en fait et pour remédier à des abus de fait. Il n'y a là rien de scientifique. Sans doute ce mémoire contient un examen très-approfondi de nos Codes et de nos lois; il indique des considérations utiles et contient des vues judicieuses; mais outre qu'il sort du cadre et qu'il excède les limites du sujet proposé par l'Académie, il est trop technique et trop fécond en applications directes pour prendre rang parmi ceux que l'Académie distingue.

L'exposé que je viens d'avoir l'honneur de présenter à l'Académie aura, je l'espère, mis nos honorables confrères à portée d'apprécier le découragement qui nous avait d'abord saisi, et la tristesse que nous ressentions de ne pouvoir répondre à des concurrents si laborieux et si avides de connaître l'issue du concours, que par un morne silence ou quelques paroles d'évasives consolations.

Elle comprendra la satisfaction que nous avons éprouvée, lorsqu'un mémoire que nous avons jugé digne de son approbation nous est apparu, et qu'après un mûr examen, nos suffrages se sont réunis pour vous demander le vôtre et vous prier de décerner le prix à l'auteur du mémoire n° 8.

Digitized by Google

Ce mémoire est infiniment supérieur à tous les autres.

L'auteur a saisi le véritable sens du programme; non-seulement il a envisagé son sujet au point de vue philosophique et juridique, mais il l'a traité avec méthode et d'une manière parfaitement scientifique. La seule disposition des matières l'indique.

Il a divisé son ouvrage en quatre livres : des *Prolégomènes philosophiques et historiques* composent le premier qui contient seize chapitres; l'*Organisation judiciaire* est le sujet du second qui se divise en vingt-sept chapitres; la *Formalité judiciaire* est celui du troisième qui ne contient que cinq chapitres; et le dernier est consacré à l'*Instruction judiciaire* qui en renferme seize. C'est ainsi que sont répartis dans une exacte proportion les objets qui, selon l'auteur du mémoire, étaient nécessairement compris dans la question posée par l'Académie.

L'auteur explique d'abord ce qu'il entend par la *philosophie du droit* et en quoi elle diffère de la *science du droit;* il énumère ensuite les diverses parties de la science du droit, et il établit que chacune d'elles a sa philosophie, ou plutôt sa part dans la philosophie du droit, et que cette part consiste dans l'application à sa destination spéciale, de la théorie des principes généraux dont elle relève.

Il indique ensuite les causes qui ont attiré l'attention des publicistes philosophes et celle du public sur le droit criminel, de préférence à toutes les autres branches de la législation. Il les trouve dans les sympathies qu'éveillent dans toutes les âmes les dangers de l'innocence menacée par la justice elle-même, et les périls non moins grands de la société de toutes parts attaquée par le crime. Après le droit criminel, la constitution de l'ordre judiciaire attira d'abord l'attention des écrivains philosophes ou soi-disant tels; ils l'envisagèrent exclusivement au point de vue politique. Leurs projets de réforme improvisés n'étaient guère que des attaques irréfléchies contre l'ordre des juridictions établies.

Les lois judiciaires demeurèrent longtemps dans l'oubli. Au XVIIIe siècle, on ne s'en occupait guère dans une certaine école, que pour en provoquer l'abolition. L'étude approfondie de ces lois que nos doctes publicistes du XVIe siècle avaient jugée digne d'eux, se trouva plus tard négligée par ces jurisconsultes lettrés et d'une érudition choisie que l'on désignait sous le nom de *elegantiores jurisperiti;* elle fut abandonnée aux juristes qui se pré-

Digitized by Google

occupaient non de ce qui devait être décidé, mais de ce qui avait été habituellement décidé, et qui préféraient à l'étude des maximes du droit, l'autorité des décisions rendues, et à la recherche des saines doctrines, le soin de recueillir la jurisprudence des arrêts.

La philosophie de la procédure civile découvre au contraire sous l'enveloppe des formes, les principes de morale et de justice qui doivent éclairer la pratique, et la détourner de l'étroit et tortueux sentier de la routine.

L'origine de la procédure civile remonte aux causes qui ont amené la fondation de la société. La nécessité d'un *départiteur* autorisé à prononcer selon le droit sur les différends élevés entre les parties litigantes, se fit sentir dès que l'ordre social fut constitué; un tel départiteur devait être investi du commandement et prendre place parmi les pouvoirs publics : ce fut le pouvoir judiciaire. Avec ce pouvoir naquit nécessairement la forme qui seule pouvait lui donner le mouvement et la vie. Cette forme, c'est la procédure. Les simples lumières de la raison, l'état des mœurs et de la civilisation, et les dispositions du droit politique qui constituèrent le pouvoir de juger, présidèrent originairement au *style* et au nombre des formalités judiciaires.

Ces formalités furent inévitablement modifiées par la pratique; elles varièrent selon les temps et les peuples. L'auteur du mémoire recommande en cette importante matière l'étude comparée des diverses législations.

La théorie philosophique de l'organisation judiciaire et de la compétence des tribunaux est habilement exposée dans ce mémoire. La nécessité de maintenir l'organisation judiciaire actuellement existante y est directement démontrée. L'auteur s'attache à combattre les juridictions d'exception et à en faire ressortir les inconvénients. Il représente les avantages qui résulteraient de l'unité de juridiction, comme de l'unité de procédure. Il le fait avec modération et sans méconnaître les nécessités qui commandent de s'écarter quelquefois de ces principes dans l'intérêt même de la justice.

L'analyse détaillée de ce livre serait impossible. Il contient une foule de vues utiles et d'observations judicieuses. L'auteur y montre un vif désir du bien, un grand amour de la vérité. Il a fait une étude consciencieuse des faits et des lois de la matière. Il discute soigneusement les doctrines des publicistes anglais,

Digitized by Google

allemands et français les plus accrédités. Il n'omet rien sciemment de ce qui lui paraît digne d'attention, et de ce qui l'est en effet.

Il s'occupe avec une louable sollicitude de ce qui peut rehausser la dignité de la magistrature, il voudrait l'assurer par de bons choix, par les conditions et les règles de l'avancement. Ce sujet, comme nous l'avons déjà dit, n'était pas entré dans les conditions du programme; il mériterait par son importance d'être traité à part, et l'on n'en saurait rien dire en passant de suffisant et même de convenable. La décadence du barreau afflige l'auteur du mémoire, et il en recherche les causes; mais, selon nous, beaucoup trop superficiellement. Elles sont plus haut placées, et se lient à l'altération qu'ont subie les mœurs, les institutions, la situation même du barreau. Les obstacles que rencontre la bonne administration de la justice, frappent également notre auteur. Le principal et sans contredit le plus dommageable résulte de la vénalité des offices, à cause de l'influence de cette vénalité sur la composition du corps des officiers ministériels, sur leurs habitudes et leurs mœurs. Mais la grandeur du mal accroît chaque jour la difficulté d'y porter remède, et ce sujet qui doit préoccuper tous les bons esprits n'est pas de ceux qui peuvent être traités dans un concours académique. Trop d'intérêts et de droits y sont mêlés. Il se plaint avec raison de l'énormité des frais de justice, et n'est pas très-heureux dans la recherche des moyens de les diminuer. Ce livre contient un examen approfondi des grandes questions de l'introduction du jury en matière civile, du nombre des juges, des divers degrés de juridiction. Elles y sont attentivement discutées et résolues avec sagesse; si l'on ne peut toujours adopter les conclusions de l'auteur, on doit reconnaître qu'il ne se laisse jamais guider par l'esprit de système et l'on peut toujours applaudir à la droiture de ses intentions.

Les deux derniers livres sont consacrés à la formalité et à l'instruction judiciaire.

Le troisième, après avoir rappelé quel est l'office de la formalité dans la procédure, traite successivement des actions, des preuves, et de la forme des contrats et des jugements. Il est clair et exact, mais il retrace largement les dispositions du Code et ce qui les caractérise, et il indique leur conformité avec les principes généraux du droit, et quels sont les points spéciaux sur lesquels elles en diffèrent.

Digitized by Google

Le quatrième livre conçu sur le même plan est également exécuté avec précision, et comme il convient à une composition académique.

Une seule question de doctrine s'y trouve engagée. Elle se rapporte à la distinction du possessoire et du pétitoire. Cette question épineuse a divisé les meilleurs esprits. L'auteur, qui l'aborde avec résolution, rend un juste hommage à la science et au talent critique et philosophique qu'a déployé en l'élucidant notre honorable confrère M. le président Bérenger dont il combat l'opinion. Il rappelle également un mémoire habile et lumineux dans lequel ce savant magistrat a traité la question du deuxième degré de juridiction ou de l'appel, dans lequel il a examiné au point de vue purement hypothétique et critique cet important sujet. Dans ce livre, on voit la justice en action et je pourrais dire en campagne. Il est digne des autres. La sagacité de l'esprit et la dignité du style n'abandonnent jamais l'auteur. Il n'est jamais ambitieux, et il est souvent élégant. On retrouve dans tout l'ouvrage une attention soutenue à maintenir dans la discussion la haute importance d'un sujet si justement apprécié par l'Académie, et qu'il importe dans l'intérêt de la science et des justiciables de maintenir au rang où elle l'a placé.

En résumé, ce discours nous paraît devoir obtenir le prix.

La section de législation a l'honneur de proposer en outre à l'Académie d'accorder une mention honorable à l'auteur du mémoire n° 5 et elle croit devoir signaler particulièrement à son attention les nos 3 et 4 qui sont surtout dignes de remarque au point de vue pratique et juridique.

Le mémoire n° 5 n'a point d'autre titre que la question proposée par l'Académie. Il se compose de 381 pages in-folio, il a pour épigraphe : *Rendre l'expédition des affaires plus prompte, plus facile et plus sûre.* — Louis XIV. — *Préambule de l'ordonnance de* 1667.

Ce mémoire qui portait le n° 10 l'année dernière, a été cité honorablement dans le rapport fait à l'Académie et signalé comme digne de son attention. Il a été depuis revu, remanié et augmenté par son auteur.

Je ne puis que répéter ce qui fut dit alors : il est l'œuvre d'un praticien très-habile.

Il se divise en trois parties : l'auteur apprécie d'abord les critiques dirigées contre la procédure, et il se plaint de leur incon-

Digitized by Google

sistance et de leur légèreté. Selon lui, la philosophie doit exercer sur la procédure une salutaire influence, son office est de rendre aux lois judiciaires leur véritable caractère et les représenter non comme le résultat d'une volonté arbitraire du législateur, mais comme l'expression des rapports naturels qui existent entre les choses sur lesquelles ces lois statuent; il se plaint de l'influence funeste des théories abstraites et absolues, qui, en sapant les bases de la procédure elle-même, ont fait obstacle à son perfectionnement.

La première partie traite du type et des principes généraux de la procédure.

La deuxième, des sources historiques du Code de procédure civile.

La troisième, de l'application pratique de la procédure.

Cette division est méthodique; l'auteur s'y conforme avec exactitude. Il a profité des observations qui lui ont été faites. Son style soutenu, et le tour plus philosophique de ses idées prouvent qu'il est capable de faire encore mieux.

Le mémoire qui porte le n° 3 et qui remplit 931 pages in-folio, relié, a pour épigraphe un verset de l'Ecclésiaste, cap. I: *Omnis sapientia a Domino Deo;* et le passage suivant de *Pierre* Ayrault : *Justice gist en formalité.* Il est intitulé: *Essai sur la procédure civile et sur les frais de justice.*

Ce mémoire composé avec sagesse est d'un très-grand intérêt au point de vue pratique. L'auteur prend les institutions telles qu'elles sont, et les fait parfaitement connaître. Il indique ensuite les améliorations dont elles sont susceptibles, et ne recourt pas, comme quelques-uns des concurrents, à des moyens inexécutables pour remédier à des imperfections qu'il ne faut pas toujours juger par les abus dont elles deviennent la cause. Il y a de nombreux abus qui sont uniquement l'ouvrage des hommes, et ce n'est pas alors à la législation qu'il faut s'adresser pour les extirper, mais à la discipline. C'est un point que les concurrents me semblent avoir totalement négligé, quoiqu'ils se soient étendus avec complaisance sur d'autres sujets moins voisins du leur.

Le mémoire n° 4 est intitulé : *De la procédure civile en France.* Il contient 484 pages in-folio. Il porte pour épigraphe ces paroles de d'Aguesseau : *Les formes sont la vie de la loi.*

Ce mémoire paraît être la reproduction du premier des trois mémoires qui avaient été, l'année dernière, signalés à l'attention

Digitized by Google

de l'Académie, comme dignes d'être particulièrement distingués par elle. Il porte le même titre et la même épigraphe. Il a été retouché et considérablement augmenté.

Il mérite les mêmes éloges qui furent décernés à celui de l'année dernière. Il est le fruit de consciencieuses recherches, et contient de justes appréciations. Selon l'auteur, les améliorations les plus utiles seraient des améliorations indirectes : celles qui réduiraient non pas tant les frais de justice que les droits de timbre et d'enregistrement; l'abréviation des délais, la diminution des écritures, qui conduiraient au but par le chemin le plus court, la ligne droite. Il repousse les théories qu'on s'accoutume à regarder comme des progrès, parce qu'on les présente toujours dans des moments de prétendue rénovation.

Je crains d'avoir abusé des moments et surtout de la patience de l'Académie. Le temps m'a manqué pour abréger mon travail. Il vous paraîtra minutieux peut-être, et je crains qu'il ne soit pas suffisamment détaillé pour vous mettre à portée d'apprécier les travaux sérieux que j'ai cependant scrupuleusement examinés.

Je dois, en terminant, féliciter l'Académie du résultat de ce concours. Il a donné lieu à des recherches utiles, à de studieux labeurs; il a appris aux praticiens à réfléchir sur ce qu'ils pratiquent et à s'en rendre raison, et a appelé leur attention sur un sujet dont l'importance est trop méconnue, ainsi que le prouvent les travaux mêmes dont il est devenu l'occasion. Il serait à désirer que l'importance que l'Académie a attachée à ce concours eût bien mis en lumière la valeur essentielle de la formalité judiciaire. Un public frivole et inattentif répète en raillant cet adage du palais : *La forme emporte le fond*. Il n'est pourtant rien de plus sérieux. On ignore dans le monde qu'il est une multitude de cas, où le fond ne peut être soutenu que par la forme qui le constate; dans ces circonstances nombreuses, c'est évidemment la forme qui est le fond, puisque c'est seulement de la preuve que peut résulter le droit.

Comte PORTALIS.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts contenus dans les recueils d'Avril 1853.

SOMMAIRE.

1. *Tutelle. Compte.* — L'administration de la fortune du pupille, conservée par le tuteur après l'avénement de la majorité, ne constitue qu'une simple gestion d'affaires.
2. *Testament olographe. Étranger.* — La règle *locus regit actum* est applicable au testament olographe comme au testament par acte public.
3. *Testament olographe. Date. Dol.* — Il n'est pas nécessaire de recourir à l'inscription de faux pour prouver la fausseté de la date d'un testament dont l'écriture est d'ailleurs reconnue, lorsqu'on l'attaque pour cause de dol.
4. *Communauté. Reprises. Rente viagère.* — La communauté ne doit pas de récompense à l'époux dont le propre a été aliéné moyennant une rente viagère.
5. *Action paulienne. Créanciers postérieurs.* — Tous les créanciers, quelle que soit la date de leur titre, peuvent attaquer les actes de leur débiteur, s'ils ont été faits en fraude de leurs droits. Renvoi.
6. *Action paulienne. Tiers acquéreurs.* — La révocation des actes frauduleux ne peut être exercée contre les sous-acquéreurs à titre onéreux qui sont de bonne foi.
7. *Prescription. Entrepreneurs.* — Le marché à prix fait est la condition constitutive de l'entreprise d'ouvrage.
8. *Architecte. Responsabilité. Prescription.* — Quel est le point de départ du délai pour la prescription de l'action en garantie ouverte contre les architectes et entrepreneurs par les articles 1792 et 2270 ?

1. — (Angers, 23 février 1853 ; Dev. 53, 2, 289 ; Dall. 53, 2, 42). L'arrêt de la cour d'Angers, que nous nous proposons d'examiner, tranche une question très-difficile et très-controversable en matière de compte de tutelle. Lorsque après l'avénement du pupille à la majorité, le tuteur a conservé l'administration de sa fortune, doit-on considérer les faits de gestion auxquels il se livre, comme rentrant dans l'administration tutélaire ou comme ne constituant qu'une simple gestion d'affaires? A quel titre doit-on, par suite, les faire figurer dans le compte de tutelle? Si l'on considère la tutelle comme prolongée de fait jusqu'à la reddition du compte, le tuteur devra jusqu'à ce moment faire emploi de toutes sommes reçues et capitaliser les intérêts ; jusqu'à ce moment aussi, l'hypothèque légale ne cessera point de peser sur ses biens.

Digitized by Google

Si au contraire on pose en principe que la tutelle finit de plein droit par la majorité du pupille, et qu'à partir de cette époque, il n'y a plus de la part du tuteur qu'une simple gestion d'affaires, il faudra diviser le compte en deux périodes distinctes dont la première se réglera d'après les dispositions spéciales à la tutelle, et l'autre d'après les errements du droit commun, sans capitalisation obligée d'intérêts et sans la garantie de l'hypothèque légale. Chacun de ces deux systèmes s'appuie également sur des raisons graves et solides; tous deux se recommandent par des autorités imposantes. Pour le premier se prononcent d'une manière plus ou moins explicite MM. Toullier, Rolland de Villargues, Troplong, la cour de cassation dans un arrêt du 28 novembre 1842, enfin la cour de Pau. Le second a pour défenseurs MM. Proudhon, de Fréminville, Magnin, Demolombe, les cours de Nancy, de Grenoble et de Bourges. C'est ce dernier système que vient d'adopter la cour d'Angers, et nous pensons, sans nous dissimuler toutefois toute la valeur de la doctrine opposée, que c'est avec raison qu'elle lui a donné la préférence.

En faveur du premier sytème, on invoque d'abord les traditions du droit romain et de l'ancien droit français, qui conservaient au mineur l'action de tutelle, ainsi que l'attestent les lois 13 au Code, *arb. tut.* et 7, § 15, 46, § 3 au Digeste, *de adm. tut.* et la majorité de nos vieux jurisconsultes, Cujas, Meslé, Bourjon, Perezius, Deispeisse, Lamoignon dans ses arrêtés (art. 130 des tutelles), Rodier, Ferrière, Pothier. La cour de cassation, dans son arrêt de 1842, a formellement déclaré qu'aucune disposition des lois nouvelles n'avait abrogé cette doctrine.

De plus, le Code Napoléon, dit-on, l'a implicitement maintenue, puisqu'il renferme plusieurs textes qui ne sont que des conséquences directes et nécessaires du principe que la tutelle dure jusqu'à la reddition du compte. Tels sont les art. 472, 907 et 2045, qui maintiennent jusqu'à cette époque le pupille devenu majeur dans une sorte d'incapacité vis-à-vis du tuteur, à raison de ce que leur situation respective est demeurée telle qu'elle était à l'origine et de ce que le pupille est encore dans l'ignorance des éléments de son patrimoine.

Enfin, ajoute-t-on, en écartant ce principe, vous arrivez à cette conséquence, que pour une administration qu'il est libre de faire cesser dès qu'il le veut et qu'il garde indûment, le tuteur serait affranchi de toutes les règles rigoureuses et des mesures de

Digitized by Google

précaution que la loi imposait à son administration forcée ; plus d'hypothèque légale ; plus d'intérêts, même simples, dus de plein droit pour les capitaux qu'il reçoit, si on ne fait la preuve, d'ordinaire fort difficile, qu'il les a employés à son profit; conséquence étrange, qui blesse la logique et condamne la théorie que vous prétendez substituer à l'ancien droit.

Ces raisons ne manquent pas de force assurément. Cependant elles n'entraînent point notre conviction.

Il est bien certain d'abord que la doctrine de la prolongation de la tutelle est contraire à la vérité des faits. L'avénement du pupille à la majorité met fin à l'état de choses qui avait fait organiser une tutelle et il termine la tutelle elle-même. En effet, pourquoi une tutelle, un tuteur, puisqu'il n'y a plus de *minorité*, que le mineur en devenant majeur a acquis la plénitude de sa capacité civile ? Quelle nécessité d'un mandataire pour représenter une personne désormais relevée de son inaptitude légale ? Aussi, une fois la majorité accomplie, toutes les fonctions, toutes les mesures de forme instituées en vue de protéger les intérêts pupillaires cessent faute d'objet ; plus de subrogé tuteur, plus de conseil de famille, plus d'intervention de justice. Même pour entendre le compte de la gestion tutélaire, l'ancien pupille est complétement habilité par la loi ; et il demeure en face du tuteur, seul et privé de l'appui soit de sa famille, soit des magistrats.

A un autre point de vue, et par une corrélation nécessaire, si, par l'événement de la majorité, l'incapacité du pupille est désormais effacée, les pouvoirs du tuteur s'évanouissent. Les actes qu'il passerait au nom de son ancien pupille, n'auraient pour celui-ci rien d'obligatoire, s'ils n'étaient suivis de sa ratification. Les tiers mêmes ne sauraient s'en plaindre ; car c'est à eux de s'informer de l'état de celui avec qui ils doivent traiter. Ils ne seraient donc pas admis à se prévaloir de pareils actes, et les paiements mêmes qu'ils feraient entre les mains de l'ex-tuteur, ne les libéreraient que s'ils avaient tourné au profit du pupille. S'ils les ont effectués légèrement, c'est à leurs risques et périls et l'infidélité du tuteur ne peut retomber que sur eux.

En réalité donc, à partir de la majorité, il ne doit plus y avoir et il n'y a plus de tutelle. En règle générale, la majorité emporte la capacité civile ; l'existence d'une tutelle serait en contradiction flagrante avec l'état de majorité.

On concevrait néanmoins que, par exception, quelques-unes

Digitized by Google

des relations qui naissent de la tutelle, fussent maintenues par la loi entre le tuteur et le pupille jusqu'à la reddition du compte. Ainsi, bien que le caractère et les pouvoirs du tuteur soient anéantis vis-à-vis de tous autres, la législation aurait pu prolonger quelques-unes de ses obligations à l'égard du mineur devenu majeur. Mais alors, ce serait une pure fiction, une dérogation aux principes qu'on ne peut accueillir qu'avec une certaine défiance.

Sans doute, nous ne pousserons pas la rigueur jusqu'à exiger un texte exprès pour leur justification. Cependant, nous ne pouvons pas nous empêcher de remarquer que le silence du Code forme, contre la théorie que nous examinons, une présomption d'autant plus grave, que ses rédacteurs se sont préoccupés de la protection des intérêts du mineur dans les diverses hypothèses dans lesquelles l'expiration du mandat du tuteur les exposait à l'abandon. Quand la tutelle cesse par d'autres causes que l'avénement de la majorité, ou, pour parler plus exactement, quand cessent les fonctions du tuteur sans que la tutelle finisse, alors la loi a pris soin d'établir une tutelle de fait, ainsi qu'on le voit par les art. 395, 419, 440, à la charge soit de la mère remariée et de son mari, soit du tuteur qui s'excuse, soit même des héritiers majeurs du tuteur décédé. Quand, au contraire, c'est la tutelle qui prend fin, et non pas seulement les fonctions du tuteur, nous ne rencontrons aucune disposition analogue qui apporte une restriction à l'application de ce principe de raison : plus de minorité, plus de tutelle.

Dans ce silence du Code, l'autorité de la loi romaine et de l'ancien droit français doit-elle du moins nous faire accepter aujourd'hui la doctrine consacrée, en 1842, par la cour suprême et repoussée par l'arrêt de la cour d'Angers? Quand bien même il serait, dès à présent, acquis que notre législateur a entendu conserver en ce point, comme en tant d'autres, les règles qui avaient cours auparavant, nous en douterions encore. On a exagéré, en effet, la portée de la règle qu'on invoquait, soit dans le droit romain, soit dans notre ancien droit. L'un et l'autre en restreignait l'application aux seuls faits de gestion qui étaient une suite nécessaire de l'administration tutélaire, ainsi qu'on peut s'en convaincre en se reportant à la loi 13, au Digeste, *de tut. et rat. distrahendis*. Elle est formelle et déclare que l'action de tutelle dégénérera en une simple action de gestion pour toutes les affaires

Digitized by Google

entamées après l'expiration de la tutelle, et que l'action de tutelle ne comprendra que les actes qui formaient le complément de l'administration du tuteur. La loi 13 au Code, *arb. tut.*, consacre la même théorie, et Meslé adoptait une distinction semblable relativement aux cautions du tuteur.

N'oublions pas d'ailleurs que nos lois modernes n'ont pas imité l'extrême rigueur que les lois anciennes déployaient contre les tuteurs. Les rédacteurs de notre Code ont voulu assurer au mineur toutes les garanties nécessaires pour sauvegarder sa fortune ; mais en même temps, ils se sont efforcés d'alléger le fardeau de la tutelle, parce qu'ils ont senti combien il importait au mineur lui-même qu'un système d'excessive sévérité ne portât point les personnes qui seraient jugées les plus capables, à repousser cette charge. C'est surtout dans la période qui nous occupe, après que le pupille devenu majeur est entré en possession de sa capacité civile, et à l'occasion du compte à rendre, qu'ils ont cherché des tempéraments de nature à adoucir la position du tuteur ; et avec raison, puisqu'ils pouvaient alors se relâcher des exigences des anciens législateurs sans sacrifier en rien les intérêts du pupille. C'est ainsi que l'action de tutelle, imprescriptible dans le droit romain, prescriptible seulement par trente ans, suivant nos anciens jurisconsultes , est soumise aujourd'hui à une simple prescription de dix ans. L'esprit du Code, il faut donc le reconnaître, est ici bien différent de celui des législations précédentes, et il semble téméraire de chercher dans ces législations, quand il s'agit des comptes de tutelle, de quoi le compléter et suppléer aux lacunes qui s'y peuvent rencontrer. Pour nous donc, au lieu de nous décider par leur autorité, nous serions bien plutôt tentés de la récuser complètement tout d'abord.

Que sera-ce, en outre, si l'étude des textes du Code vient nous démontrer que ce système de la tutelle prolongée jusqu'à la reddition du compte ne concorde pas avec les principes qu'il consacre? Or, il est en opposition avec le principe de l'art. 1153 qui restreint aux cas expressément prévus par la loi la dette des intérêts même simples courant de plein droit, puisqu'il aboutirait à faire courir contre l'ancien tuteur les intérêts de toute somme reçue par lui, sans qu'aucun texte spécial le grevât de cette charge après l'expiration de la tutelle par la majorité du pupille. Plus encore, il est contradictoire aux principes de publicité et de spécialité qui dominent notre régime hypothécaire et en forment

Digitized by Google

l'essence, puisqu'il étendrait, sans limitation légale de durée, l'hypothèque dispensée d'inscription que la loi accorde très-exceptionnellement au mineur, et qu'il grèverait les biens de l'ancien tuteur d'une responsabilité qu'il est impossible aux tiers de prévoir, lorsqu'ils contractent avec lui, ni de déterminer même par approximation. Il se concilie mal avec le principe que le pupille acquiert, au jour qu'il atteint sa majorité, toute capacité pour tous les actes de la vie civile, de telle sorte qu'il a tous moyens de contraindre le tuteur à cesser immédiatement sa gestion et à lui remettre son patrimoine. Enfin, et par-dessus tout, il est absolument incompatible avec la disposition de l'art. 475, qui déclare éteinte toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, par dix ans *à compter de la majorité*. Ce texte est positif. La tutelle finit et le compte de tutelle s'arrête au jour de la majorité, puisque c'est de ce jour que commence à courir le délai de la prescription de l'action elle-même en reddition de compte. Comment comprendre que la loi eût fixé en termes absolus ce point de départ, si par le fait du tuteur et la négligence de l'ancien pupille la tutelle pouvait se prolonger au delà ? Qu'on suppose la gestion de la tutelle durant encore plus de dix ans après la majorité ; la prescription serait donc acquise avant même l'accomplissement de tous les faits qui devraient donner lieu à l'action en reddition de compte ; le compte ne pourrait plus être demandé avant même le terme de la gestion qui en doit faire l'objet ! Ce serait tomber dans l'absurde. Non, il est évident, en présence d'un pareil texte, que le compte de tutelle ne peut porter que sur les faits antérieurs à la majorité. Si l'administration du tuteur se continue ensuite, c'est à titre de simple gestion d'affaire, et l'action en reddition de compte n'est plus renfermée dans les limites étroites de l'art. 475, mais dans celles du droit commun en matière de prescription.

Et qu'on n'essaie pas de combattre cette solution en invoquant les art. 472, 907, 2045. Quoi ! parce que le Code a formellement consacré quelques-unes des conséquences d'un principe, on serait fondé à conclure que le principe n'est pas abrogé, qu'on a entendu le conserver intact ! Une pareille argumentation n'est nullement concluante. On est tout aussi bien fondé à répondre que ces dispositions ne sont entrées dans le Code qu'à titre d'exceptions aux règles générales ; que les exceptions ne doivent pas s'étendre arbitrairement ; qu'il eût été d'ailleurs inutile de

Digitized by Google

les écrire, si le principe dont elles découlaient comme conséquences nécessaires et immédiates, eût dû être maintenu dans la pensée du législateur ; qu'elles prouvent donc que ce principe n'a point passé dans nos lois modernes, mais qu'il est abrogé.

Quant aux conséquences fâcheuses pour l'ancien pupille qu'on affecte de prêter au système de la cour d'Angers, cette dernière considération nous touche peu. S'il souffre quelque dommage, ne doit-il pas se l'imputer, puisque, du jour de sa majorité, il a été revêtu de toute la capacité et de tous les pouvoirs nécessaires pour exiger son compte de tutelle Si le tuteur a conservé la gestion des affaires de son pupille, c'est que le pupille l'a bien voulu, l ne peut s'en prendre qu'à lui-même. Mais, d'ailleurs, qu'on se rassure; si l'ancien tuteur n'est plus obligé par la loi à capitaliser les revenus et à tenir compte des intérêts des sommes qu'il touche, il est responsable du moins, comme tout gérant, des fautes qu'il commet, et les juges pourront, en appréciant les faits de la cause, sa mauvaise foi ou même sa négligence, le condamner, à titre de dommages-intérêts, aux intérêts des sommes qu'il paraîtrait avoir appliquées à son usage ou qu'il aurait volontairement laissées improductives. L'ancien pupille trouvera d'ailleurs dans les règles relatives à la gestion d'affaires d'autres garanties qui le dédommageront de celles qu'il perd. Il verra se prolonger son action en reddition de compte; il ne sera lié par les actes de son gérant que si son affaire a été bien administrée. A ce point de vue tout pratique, on se trouvera donc bien encore de s'en tenir à la solution qu'indique, comme la plus sûre, l'étude des principes, et il nous paraît souhaitable que l'arrêt de la cour d'Angers rallie à lui la doctrine et la jurisprudence.

2. — (Cass., Req. Rej., 9 mars 1853; Dev., 53, 1, 274, Dall., 53, 1, 217). — La chambre des requêtes de la cour de cassation a décidé, par arrêt de rejet du 9 mars dernier, que l'étranger ne pouvait valablement tester en France que dans les formes déterminées par la loi française, et que, par suite, les testaments faits en la forme olographe, mais qui ne rempliraient pas toutes les conditions exigées par l'article 970 du Code Napoléon, devaient être frappés d'annulation.

La chambre civile avait déjà proclamé, dans son arrêt de rejet du 25 août 1847, que l'étranger pouvait valablement tester en France en la forme olographe, encore que cette forme de testament ne fût pas admise par la législation de son domicile d'origine.

Digitized by Google

Ces deux arrêts tranchent, par l'autorité de la règle *locus regit actum*, une question depuis longtemps controversée. Ils se confirment et se complètent l'un l'autre, et ils établissent, relativement à cette matière délicate, un ensemble de doctrine homogène. Ils nous paraissent mériter un sérieux examen, tant à cause de l'importance du sujet, que de la juste application des principes du droit qu'à notre avis ils consacrent.

Sous l'empire des coutumes, les difficultés naissaient fréquemment sur la validité des testaments olographes. D'une province à l'autre la législation différait. Le testament olographe, autorisé par la coutume de Paris, était en général proscrit dans les pays de droit écrit; il l'était également dans un grand nombre de coutumes; dès lors, la question se représentait chaque fois qu'un bourgeois de Paris laissait un testament fait en cette forme à Bordeaux, ou qu'un habitant de Bordeaux disposait à Paris par testament olographe. Aujourd'hui que notre pays est doté d'une législation uniforme, de pareils débats ne peuvent plus, il est vrai, se reproduire à l'occasion d'actes de dispositions dernières rédigés en France par des Français. La question appartient au droit international. Encore l'article 999 du Code a-t-il étouffé le germe de la moitié des procès qui pourraient se soulever sur ce point de droit, en prenant la précaution de déclarer expressément la validité des testaments olographes faits à l'étranger par des Français en conformité de l'article 970. De tels conflits ne sauraient donc occuper désormais nos tribunaux qu'à l'égard des testaments faits en France par des étrangers. Cependant les relations qui s'accroissent chaque jour de nation à nation, le mélange des alliances et des intérêts, les besoins du commerce, rendront inévitablement beaucoup de son importance pratique à cette question, ainsi que l'attestent ces deux arrêts de la Cour suprême intervenus dans l'intervalle d'un si petit nombre d'années.

Parmi les jurisconsultes anciens, deux systèmes bien nets étaient en présence. Suivant Furgole et Pothier, il fallait apprécier les testaments olographes, comme tous autres actes, quant à leur validité en la forme, au point de vue de la loi en vigueur dans le lieu où ils avaient été passés, et sans prendre en considération la loi du domicile du testateur. Que cette dernière permît ou défendît de tester olographement, il importait peu; il fallait seulement rechercher quelles étaient, à cet égard, les dispositions de la loi dans le ressort de laquelle l'acte avait été consommé. En un mot,

Digitized by Google

la maxime *locus regit actum* dominait en cette matière, comme en toute autre, la question de forme.

Le président Bouhier, au contraire, prétendait restreindre l'application de la maxime aux seuls actes publics et y soustraire les actes privés; dès lors, à ses yeux, la faculté de tester olographement tenait à la capacité personnelle du testateur, et elle le suivait même dans les provinces dont la législation bannissait cette forme de testament. Ricard, dans un passage à juste titre suspecté de son traité du *Don mutuel*, professait la même doctrine, après avoir enseigné toutefois l'opinion contraire à deux reprises dans son grand traité des *Donations*.

Entre ces deux systèmes absolus, il s'en était glissé un troisième, celui de Boullenois, qui peut-être n'a pas été assez remarqué. Ce savant auteur adoptait les mêmes principes que le président Bouhier; il considérait comme intimement attaché à la personne, comme *personnalissime*, ce droit qui rendait la personne même tout à la fois agent, ministre et témoin de l'acte où elle déposait ses volontés dernières. Mais il faisait fléchir, dans l'application, la rigueur de ces principes, et par un tempérament qu'il était le premier à proclamer bizarre et peu conforme aux déductions de la logique, il voulait, comme Furgole et Pothier, que les Français, à qui la loi de leur domicile n'accordait pas la faculté de tester en la forme olographe, pussent, néanmoins, valablement le faire dans les provinces où cette forme était sanctionnée par la législation. Il le décidait ainsi par pure faveur pour les citoyens français établis dans des pays de coutumes prohibitives.

C'est le premier de ces systèmes, celui de Furgole et de Pothier, que suivait la jurisprudence et qu'a consacré l'ordonnance de 1735. Plusieurs arrêts du parlement de Paris et de la cour de cassation l'ont appliqué d'une manière absolue et inflexible, annulant les testaments olographes faits à Bordeaux ou à Bruxelles par des Parisiens, validant ceux faits à Paris par les habitants de Valence ou de Béziers, suivant la règle *locus regit actum* (*V.* arrêts du 10 mars 1620, du 15 janvier 1721, du 14 juillet 1722, du 15 juillet 1777, du 15 pluviôse an II, du 28 prairial an XIII, du 20 août 1806).

C'est encore ce système, que la Cour de cassation, fidèle aux traditions de notre ancien droit civil, vient de maintenir dans ses deux arrêts du 25 août 1847 et du 9 mars 1853. Sans doute elle n'invaliderait plus les testaments olographes faits par des Fran-

Digitized by Google

çais dans des pays étrangers dont la législation n'autorise pas cette manière de disposer, puisque, même dans ces pays, un texte formel de notre Code conserve aux Français, à cet égard, une prérogative spéciale. Mais elle déclare, comme l'aurait fait le parlement avant la révision de nos lois civiles, que l'étranger peut toujours tester en France en la forme olographe, et que, s'il n'a recours à nos officiers publics pour donner à son testament l'authenticité, il ne peut tester qu'avec les formalités qu'exige l'art. 970 pour le testament rédigé en forme d'acte privé. Enfin elle apprécie toujours les testaments des étrangers d'après la règle *locus regit actum*.

C'est là, selon nous, l'application la plus juridique des grands principes du droit international qu'a sanctionnés notre législation civile. Personne ne dénie, en effet, que cette ancienne règle doit être obéie aujourd'hui comme dans l'ancien droit, et que, si elle n'est pas explicitement rappelée par l'art. 3 de notre Code, elle n'en est pas moins entrée dans les vues de ses rédacteurs comme un des fondements de leur œuvre. Le doute à cet égard n'est point permis, et s'il s'en élevait, il suffirait, pour le dissiper à l'instant, de se reporter aux travaux préparatoires du Code. Le projet du titre préliminaire contenait un article exprès, pour déclarer que « la forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils sont passés. » Cet article a été supprimé, non point comme formulant une règle dont notre législateur voulût se départir, mais comme exprimant, au contraire, un principe qui n'avait jamais été contesté, et qu'il était conséquemment inutile d'écrire.

Ainsi trois principes, empruntés du droit international, dominent notre droit civil. Les deux premiers, formellement promulgués dans l'art. 3, consacrent l'empire absolu sur les biens français du statut réel français, et au contraire l'universasalité du statut personnel. Le troisième, implicitement maintenu, soumet exclusivement la forme des actes à la législation du lieu où ils sont dressés. La disponibilité des biens est donc réglée par la loi de leur situation; la capacité des personnes, par celle de leur domicile; la validité extérieure de l'acte, par celle du pays où se trouve le disposant.

Appliqués à la matière des testaments, ces principes se combinent et ont chacun leur part d'autorité bien nettement distincte. Nos tribunaux, appelés à se prononcer sur la valeur du testament

Digitized by Google

d'un étranger, devront rechercher, avant tout, si la loi de la situation des biens permettait d'en disposer, et dans quelles limites; puis, si la loi de son domicile autorisait le testateur, à raison de son âge, de sa capacité, de son état légal, à disposer; enfin, si la loi du lieu où le testament s'est fait, a été observée quant aux conditions extérieures de validité de l'acte. Dès lors, le testament passé en France ne sera régulier et l'exécution ne devra en être ordonnée par les juges français que s'il est fait suivant l'un des modes réglés par le Code Napoléon, c'est-à-dire s'il est en forme olographe, authentique ou mystique.

Quelque simple, quelque logique que cette doctrine puisse paraître, elle rencontre cependant d'énergiques contradicteurs : parmi les jurisconsultes modernes. D'une part, on professe que le droit de disposer par testament olographe est un statut réel qui se rattache à la disponibilité même des biens. De l'autre, on reprend l'ancienne doctrine du président Bouhier et on voit dans cette faculté une capacité personnelle qui doit se régler par la seule loi du domicile et suivre en tous lieux la personne. Ces deux théories aboutissent également à repousser l'application au testament olographe de la règle *locus regit actum*. Nous croyons, pour notre part, qu'elles ne sont fondées que sur une confusion d'idées.

Il n'existe peut-être pas un seul statut dans la législation civile qui ne présente, à la fois, dans un certain degré, les caractères de la personnalité et de la réalité. Souvent ils s'y trouvent confondus de telle sorte qu'il n'est pas sans difficulté de reconnaître si la réalité ou la personnalité domine et dans quelle classe on doit ranger le statut. En outre, il faut remarquer que les dispositions de la loi qui ont pour objet de réglementer la forme des actes, participent toujours de la nature des actes eux-mêmes considérés dans leur essence, et qu'elles leur empruntent, par suite, un certain cachet de réalité ou de personnalité. C'est ainsi que l'on peut comprendre que les adversaires de la jurisprudence reçue présentent la faculté de tester olographement les uns comme un statut réel, les autres comme un statut personnel, et en critiquent la doctrine en s'armant de principes opposés et contradictoires.

De ces deux systèmes qu'on oppose à celui de la cour de cassation, le premier qui consiste à soutenir la réalité de notre législation relativement au testament olographe, et qui émane d'un éminent professeur, M. Duranton, nous paraît pourtant

Digitized by Google

reposer sur des fondements bien fragiles. Notre savant prédécesseur et ami, M. Marcadé, n'a pas eu de peine à le renverser. M. Duranton, en effet, appuie sa théorie sur cette idée, que la règle *locus regit actum* n'a jamais d'application qu'aux actes publics, et qu'elle reste sans effet sur les actes privés, distinction purement arbitraire qu'aucun texte légal ne justifie. Dès lors, le testament olographe échappant, suivant lui, à cette règle, il croit trouver la preuve de son caractère de réalité dans la loi du 14 juillet 1819, qui permet aux étrangers de succéder, de *disposer* et de recevoir *de la même manière* que les Français. Mais n'est-il pas évident que ces mots « *de la même manière.* » placés dans une loi abolitive du droit d'aubaine, se réfèrent uniquement *à la disponibilité des biens français*, et qu'ils n'ont aucun trait *à la forme des actes de disposition?* Si l'idée de l'éminent professeur était exacte, il faudrait donc admettre qu'un étranger peut tester valablement en la forme olographe, relativement à ses biens français, même dans un pays dont la législation bannirait cette forme de testament. Il faudrait admettre que l'étranger, ou même le Français, ne peuvent tester en France en cette forme que relativement aux biens français, et qu'ils doivent faire un autre testament public pour leurs biens situés hors de France, dans des pays dont la loi exclurait le testament olographe. D'après cela, en supposant que les meubles suivent la condition de leur propriétaire, le testament olographe d'un Anglais établi en France devrait être validé par les tribunaux français quant à ses immeubles de France et annulé quant à ses meubles. Un principe arbitrairement créé, une confusion dans l'interprétation de la loi de 1819, telles nous paraissent être les bases du système de M. Duranton, qui, dès lors, ne saurait ébranler l'autorité des arrêts dont nous nous occupons.

Mais si notre savant collaborateur, M. Marcadé, réussit aisément à écarter ce premier système, nous ne pensons pas, malgré toute la sympathie et tout le respect que nous inspirent ses opinions, qu'il réussisse aussi bien, lorsqu'il s'efforce d'établir, en s'appuyant d'ailleurs d'autorités nombreuses et imposantes, que la faculté de tester olographement est une règle de capacité personnelle, et que la disposition de nos lois qui autorise cette sorte de testament, s'élève au-dessus d'une règle de forme.

Suivant lui, la loi qui dispense les personnes de recourir aux officiers publics pour dresser l'acte solennel de disposition et

Digitized by Google

qui les fait elles-mêmes ministres de cet acte, organise une prérogative personnelle. Mais ce principe pris dans sa généralité manquerait d'exactitude. Car alors l'étranger quela loi de son pays autoriserait à passer en forme d'acte privé, un contrat de mariage une donation, devrait jouir en France du privilége de dresser de pareils actes de disposition, même à l'égard de biens français, sans recourir à nos officiers publics ; et d'autre part, le Français, à qui la législation de son domicile refuse une telle prérogative, ne pourrait, à l'étranger, faire sous seing privé un contrat de mariage ou un acte de donation valable, en se conformant aux formalités exigées par la loi du pays. L'éminent jurisconsulte réclamerait ici, comme nous-même, l'autorité de la règle *locus regit actum ;* il désavouerait assurément les conséquences de sa doctrine ainsi généralisée. Que dis-je ? Il les désavoue d'une manière *implicite*, mais très-nette assurément, alors que dans son explication même de l'art. 999 du Code, il enseigne, avec beaucoup de raison, que le Français, à l'étranger, peut suivre pour la confection de son testament les formes usitées dans le pays, quand bien même elles ne seraient pas authentiques et ne réclameraient pas l'intervention des officiers publics.

Ce ne peut donc être, dans sa pensée, que par exception, que la règle *locus regit actum* resterait sans influence sur le testament olographe. Mais cette exception à un principe si universellement admis, veut être justifiée par un texte légal, ainsi qu'il le professe lui-même lorsqu'il condamne l'opinion de Bouhier, avant le Code, comme ne constituant qu'une distinction arbitraire, qu'une dérogation irrationnelle à la règle, en l'absence d'un texte légal qui l'établit. M. Marcadé suivrait donc, avec la cour de cassation, avec Merlin, avec notre vénérable collaborateur M. Coin-Delisle, la doctrine de Furgole et de Pothier, s'il ne trouvait dans le Code un texte, l'art. 999, qui lui paraît renverser cette doctrine pour donner la préférence à celle du président Bouhier. L'art. 999, qui permet expressément aux Français de tester en la forme olographe en pays étranger, est donc le seul fondement sérieux du système que nous nous efforçons de combattre.

Puisque le législateur dans cet article, dit-on, autorise le Français à user en tout lieu de la forme olographe, c'est donc qu'il considère le droit de tester ainsi comme une capacité personnelle qui doit suivre partout la personne ; c'est qu'il crée une règle

Digitized by Google

nouvelle pour la substituer au principe *locus regit actum*. Par une conséquence de cette règle, la loi française ne reconnaît plus comme valable le testament olographe fait en France par un étranger, que si la loi du domicile de cet étranger admet, ainsi que la loi française, le testament en forme olographe.

Mais l'art. 999 a-t-il bien toute la portée qu'on lui prête? Est-ce bien, en effet, une règle nouvelle, applicable également aux testaments olographes des Français et des étrangers, que le législateur a entendu créer pour déroger au principe *locus regit actum*, principe tellement absolu et souverain qu'on reconnaissait l'inutilité de l'exprimer? Quoi! cette révolution si complète dans les idées reçues et dans la législation serait ainsi opérée par forme, en quelque sorte, d'incidence? La nouvelle règle ne serait pas nettement exprimée en termes généraux? Elle ne formerait pas l'objet d'un article spécial? Elle ne résulterait que d'une disposition particulière n'embrassant qu'une des hypothèses sur lesquelles elle devrait étendre son influence, et ne serait établie que par l'effet d'une simple corrélation? Nous ne saurions le penser. On a exagéré, suivant nous, l'importance de cet article; à nos yeux, la dérogation au principe *locus regit actum* qu'il renferme, est toute spéciale aux Français qui voudraient tester à l'étranger; elle est introduite pour eux à titre de pure faveur; elle est limitée à eux seuls, et la règle générale conserve à l'égard de tous autres la plénitude de son empire. C'est un tempérament peut-être peu logique, bizarre même, si on le veut, en théorie, mais éminemment utile en pratique, dans le genre de celui que Boullenois admettait dans sa doctrine, tout en adoptant les principes du président Bouhier. Et qu'y aurait il, en effet, d'étonnant que les rédacteurs du Code, nourris, comme ils l'étaient, des œuvres des anciens jurisconsultes, se soient inspirés de la sagesse de cet auteur, et aient préféré l'avantage évident de leurs nationaux à la sévère rectitude des déductions théoriques.

Tel est, à notre avis, tout le sens de l'art. 999. Loin de justifier la doctrine à laquelle M. Marcadé prête l'appui de sa vigoureuse logique, il laisse intactes les grandes règles que notre législation moderne a empruntées des pères du droit français. Il ne fonde pas une règle nouvelle; il ne fait qu'admettre, *utilitatis causâ*, une dérogation à la règle ancienne et il la circonscrit rigoureusement dans ses termes mêmes, en conférant aux Français à l'étranger une faculté d'exception.

Digitized by Google

En résumé donc les deux théories opposées qui s'élèvent contre la jurisprudence de la cour suprême, ne nous semblent pas appelées à prévaloir contre elle. Le testament olographe, au contraire, comme tout autre acte et en vertu des principes généraux, doit rester soumis à l'application de la maxime *locus regit actum*.

L'arrêt du 25 août 1847 n'a fait que se conformer à cette règle, en déclarant valables les dispositions faites en forme olographe par un Anglais en France. L'arrêt du 9 mars 1853 a complété ce précédent de jurisprudence, en prononçant la nullité d'un testament fait en France par un Anglais dans une forme autre que celles consacrées par la loi française. Cette seconde solution était encore moins susceptible que la première d'être contestée. Car si l'on peut, à la rigueur, soutenir que d'après les vues de notre législateur moderne, la faculté de tester olographement constitue une capacité personnelle, parce que le disposant est institué agent, ministre et témoin, tout à la fois, dans l'acte de disposition, on ne saurait prétendre sérieusement que l'étranger apporte en France le privilége de suivre dans son testament les formes organisées par les lois de son pays, et d'obliger les tribunaux français à reconnaître l'emploi de ces formes comme un élément constitutif de la solennité, et à assurer par l'action de la puissance publique l'exécution d'un acte fait sur le territoire français en dehors de toutes les exigences de la loi française. L'art. 999, qu'on invoquait à l'appui du pourvoi, tournait bien plutôt contre lui, puisqu'il prescrit, pour le testament public, l'emploi des solennités requises par la loi du pays où il est fait, et que la loi anglaise, on le sait, n'admet que des testaments publics, rédigés en présence de témoins, à l'exclusion du testament en forme olographe.

C'est donc à bon droit que la Cour de cassation a refusé effet, en France, à un pareil testament, et il paraît difficile que toutes les opinions ne se réunissent pas pour approuver son arrêt.

3. — (Cass. Req., Rej. 22 février 1853; Dall. 53, 1, 131). C'est encore pour lui donner le plus entier assentiment que nous mentionnons ici un autre arrêt, également émané de la chambre des requêtes et relatif aussi à la matière si compliquée des testaments olographes. Cet arrêt a jugé que, bien que l'écriture d'un testament soit reconnue, la fausseté de sa date peut être prouvée sans

Digitized by Google

qu'il soit nécessaire de recourir à l'inscription de faux, lorsque ce testament est attaqué pour cause de dol et de fraude et que l'on allègue que l'antidate n'est qu'un des éléments de la fraude. En effet, c'est un principe non moins certain en législation qu'en morale, que la fraude vicie et anéantit toute espèce d'acte. La preuve du dol fait tomber l'acte le plus solennel, le plus authentique; elle le détruit dans son essence même. Comment donc le testament olographe, qui n'est, après tout, qu'un acte privé, échapperait-il à l'application de ce principe si absolu ?

Vainement on tenterait de repousser les héritiers, lorsqu'ils demandent à prouver que le testament est le fruit de la captation et qu'il a été antidaté pour couvrir la fraude, en s'armant contre eux de cette doctrine, que le testament olographe dont l'écriture est reconnue, fait foi de ses énonciations jusqu'à inscription de faux. A supposer même qu'il n'y ait aucune exagération dans l'assimilation de ce testament à un acte authentique, ainsi établie par la doctrine et confirmée par la jurisprudence (ce que nous n'avons pas l'intention de discuter ici), à supposer qu'il ne faille pas limiter l'autorité de cet acte à la simple administration d'une preuve contraire, cette doctrine devrait encore cesser de le protéger, lorsque l'action des héritiers n'a pas pour but unique de démontrer l'antidate comme équivalent du défaut de date et, par suite, comme cause de nullité du testament, mais que son objet principal et direct est de dévoiler le dol et la captation, et que la fausseté de la date n'est dénoncée que comme un des moyens combinés pour organiser et masquer la fraude. N'y aurait-il pas la plus grave inconséquence à ne point admettre la preuve du dol contre une des énonciations du testament, alors qu'il est permis de la proposer contre l'acte lui-même pour le dépouiller du caractère dont la loi le revêt et pour le mettre complétement au néant ?

4. — (Besançon, 18 février 1853; *J. P.* 53, 1,389). — Sous le régime de la communauté, l'époux, dont le propre a été aliéné moyennant une rente viagère, a-t-il droit à une récompense? Tous nos anciens auteurs résolvaient affirmativement cette question, et le plus grand nombre des commentateurs du Code professe leur doctrine; mais, dans ces derniers temps, quelques jurisconsultes, en tête desquels nous aimons à citer nos honorables collaborateurs, MM. Pont et Marcadé, ayant voulu la soumettre à un examen nouveau avant de l'accepter sur la foi de leurs devanciers, en ont reconnu et démontré l'erreur, et la cour de Besançon

Digitized by Google

vient de se ranger à leur opinion en abandonnant les traditions qui avaient dominé jusqu'ici.

Dans l'espèce, les époux étaient mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts; des rentes viagères avaient été constituées et le capital en avait été fourni sur une somme déclarée propre à la femme; celle-ci avait accepté formellement ces rentes viagères à titre de remploi jusqu'à due concurrence. Lors de la liquidation de la communauté, ses héritiers ayant prétendu prélever une récompense pour les sommes employées à la constitution des rentes viagères, le tribunal de première instance avait fait droit à leur demande; mais la Cour de Besançon a infirmé son jugement.

Rien de plus exact que cette décision. La théorie contraire n'a été si longtemps suivie que parce qu'elle n'était pas assez sévèrement passée au contrôle des principes de la matière.

Qu'est-ce, en effet, que le droit de la communauté à l'égard du patrimoine propre des époux? C'est un droit d'usufruit, un droit de jouir de ce patrimoine, d'en percevoir tous les fruits. Qu'est-ce que des arrérages de rentes viagères? Des fruits civils, dont la perception entière appartient à l'usufruitier, à l'exclusion du propriétaire du droit, ainsi que le déclare expressément l'art. 588. L'énonciation seule de ces deux propositions, également incontestables, ne démontre-t-elle pas déjà la justesse de la solution donnée par l'arrêt du 18 février dernier? Puisque les arrérages de la rente viagère sont des fruits qui profitent à l'usufruitier, puisque la communauté a sur les biens des époux un droit d'usufruit, n'est-il pas évident que c'est à elle, et à elle seule, que doivent revenir, tant qu'elle dure, les arrérages de la rente viagère?

D'où naîtrait, dès lors, contre la communauté l'obligation d'une récompense, puisqu'elle n'a perçu que des fruits qui, d'après les règles les plus élémentaires du droit, lui appartenaient?

Elle doit, dit-on, une récompense, à cause de l'avantage qu'elle retire de la modification qu'a subie le patrimoine de l'époux dont le propre a été aliéné pour une rente viagère.

Mais quoi! les époux, sous le régime de la communauté, ne conservent-ils pas la libre et entière disposition de leurs biens? Ne sont-ils pas maîtres de les aliéner, et, lorsqu'ils le font sans fraude, leurs héritiers ont-ils le droit de s'en plaindre et de s'en prendre à la communauté? La femme, en particulier, n'est pas dépouillée, comme sous le régime dotal, de sa liberté d'action;

Digitized by Google

elle conserve, au contraire, la plénitude de sa capacité. Elle peut incontestablement, avec l'autorisation de son mari, faire tous actes de propriétaire; elle peut vendre ses biens; elle pourrait même les donner à titre purement gratuit, et on lui contesterait la faculté de les aliéner à sa volonté, moyennant une rente viagère !

D'autre part, le droit de la communauté, comme usufruitière, est subsidiaire et subordonné à celui des époux. Quand leur patrimoine se transforme, quand il s'augmente ou diminue, le droit de la communauté, invariable dans son essence, varie dans sa quotité; et cela, sans que la communauté puisse élever aucune réclamation, s'il s'amoindrit et même s'anéantit, mais aussi, et par une corrélation nécessaire, sans qu'elle doive rien, s'il s'accroît. Il porte sur le patrimoine tout entier, tel qu'il se trouve être, et sur tous ses fruits; mais tant qu'il ne porte que sur des fruits, la perception n'a rien d'excessif et ne saurait devenir pour la communauté la source d'aucune obligation.

On insiste pourtant. D'un côté, le fonds de l'époux s'absorbe dans le revenu plus considérable que constitue la rente viagère; de l'autre, les valeurs de la communauté sont augmentées. Or, le principe de la matière des récompenses, c'est que ni la communauté ni les époux ne doivent s'enrichir aux dépens les uns des autres. Ici la communauté s'enrichit au détriment de l'époux dont le propre a été aliéné. Donc, en droit aussi bien qu'en équité, la communauté doit être tenue d'une récompense.

Cette argumentation, qui est celle de Toullier, est fort spécieuse ; elle serait décisive, nous l'avouons, si le principe qui lui sert de base, avait bien, en réalité, toute l'étendue qu'on lui prête dans ce système.

Ce principe, qu'aucun des trois patrimoines ne doit s'enrichir aux dépens des autres, est parfaitement exact lorsqu'il s'agit du fonds même, des choses qui composent le capital soit des époux, soit de la communauté. Alors il est bien certain que récompense est due soit par la communauté, si le prix d'un propre des époux tombe dans ses caisses, s'il y reste à défaut de remploi ou s'il est employé à son profit; soit par les époux, si la communauté fournit de quoi augmenter leur patrimoine propre.

Mais il n'en est plus de même, lorsqu'il s'agit uniquement de fruits. Alors ce principe cesse de recevoir son application, parceque la loi considère les fruits comme essentiellement destinés à

Digitized by Google

être dépensés à mesure des perceptions, et ne les fait pas entrer dans les éléments constitutifs du patrimoine, quelle que soit leur importance, ainsi que le prouvent notamment les articles 1527 et 1568. Elle n'assimile pas les fruits aux capitaux, et c'est dès lors méconnaître son esprit que de considérer comme un enrichissement de la communauté une perception de fruits plus considérable qu'elle obtient par l'effet d'un acte quelconque des époux.

Si le principe du savant Toullier conservait alors son autorité, s'il dominait les acquisitions de fruits aussi bien que celles de capitaux mobiliers ou immobiliers, il faudrait donc établir un compte entre la communauté et les époux, non pas seulement à l'occasion de l'aliénation d'un propre au prix d'une rente viagère, mais aussi de toute opération qui augmenterait les ressources de la communauté. Or, à qui est-il jamais venu à la pensée que la communauté pût devenir passible d'une récompense, parce qu'un époux a remplacé des terres par des maisons, par des contrats hypothécaires, par des valeurs de bourse, ou même par l'achat d'usines avec tous leurs appareils, qui sans doute peuvent procurer à la communauté des bénéfices considérables, mais qui ont bientôt perdu la presque totalité de leur valeur originaire et dont le capital s'absorbe et se dévore si rapidement? Non, quelque désastreuse que puisse être l'opération qui transforme la fortune des époux pour accroître les revenus de la communauté, aucun des jurisconsultes qui professent que récompense est due pour l'aliénation d'un propre moyennant une rente viagère, n'a jamais osé aller jusque-là. Tous, au contraire, sont d'accord que la différence dans les produits ne saurait enfanter un droit de récompense ni contre la communauté ni en sa faveur. Tous alors répudient l'inflexible application du principe qu'une récompense est due pour tout enrichissement d'un patrimoine aux dépens des autres.

Et c'est avec raison. Car on tomberait dans d'inextricables difficultés, dans les minutieuses chicanes que la loi a eu la sagesse d'étouffer dans leur germe, en donnant aux comptes de larges bases et en restreignant aux seuls capitaux l'empire de cette règle, quelle qu'en soit l'équité. Mais, dès lors, n'y a-t-il pas une certaine inconséquence à prétendre résoudre exceptionnellement par son autorité l'hypothèse d'une constitution de rentes viagères? N'est-ce pas en abuser que de l'invoquer dans ce seul

Digitized by Google

cas pour réclamer contre la communauté une indemnité à raison de perceptions de fruits ?

Et qu'on nous permette, en passant, une remarque toute de texte. On a souvent critiqué le Code, parce qu'il n'a formulé d'une manière générale le principe des récompenses que dans l'article 1437, pour celles dues à la communauté, et n'a pas pris le même soin relativement à celles que la communauté doit aux époux. Ce n'est, en effet, que dans l'article 1437 que l'on trouve cette règle nette et absolue, qu'il est dû récompense « *généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté.* » L'article 1433, au contraire, au lieu deposer en termes généraux la règle inverse pour les récompenses à la charge de la communauté, ne fait que déterminer des cas spéciaux dans lesquels il en est dû. Cette différence de rédaction est cependant fort exacte. Comme il n'est jamais dû d'indemnité pour des perceptions de fruits, la communauté n'a pas à tenir compte aux époux de tout profit qui peut lui advenir par suite d'opérations affectant leur patrimoine propre; tandis qu'au contraire ceux-ci étant dépouillés, tant qu'elle dure, de tout droit de jouissance, et en même temps étant exonérés des charges de l'entretien qui incombent à l'usufruitière, il est certain que tout profit qu'ils tirent de ses biens vient en accroissement au capital même de leur fortune, et qu'ainsi, dans tous les cas où il y a emprunt fait par eux à la communauté, il y a nécessairement pour eux enrichissement véritable, et par conséquent obligation de l'indemniser.

En droit donc, il nous semble manifeste que la communauté ne doit aucune récompense pour une aliénation de propre faite à charge de rente viagère, ou, comme dans l'espèce, pour une constitution de rente viagère faite avec des deniers propres à la femme et formellement acceptée par elle en remploi, parce que d'abord le principe dominant, c'est que la communauté étant usufruitière a tous les droits d'un usufruitier et ne doit restituer que ce que restituerait un usufruitier, et en second lieu, parce que le principe au nom duquel Toullier lui impose une récompense, n'est exact que pour les accroissements des patrimoines en capital, et ne saurait, sans une exagération abusive, être étendu jusqu'aux perceptions de fruits.

Les commentateurs du Code auraient dû, selon nous, se tenir en garde contre la doctrine généralement suivie par les anciens

Digitized by Google

jurisconsultes, en voyant l'embarras dans lequel ils tombaient, dès qu'il s'agissait de déterminer le montant de la récompense. Ils ne pouvaient alors se mettre d'accord, et trois systèmes divers étaient en lutte, les partisans de chacun démontrant facilement l'inexactitude des deux autres, mais se trouvant dans l'impuissance d'établir l'exactitude du leur. Une doctrine qui aboutit à de tels résultats, ne doit-elle pas être suspectée d'erreur, ou, pour mieux dire, l'erreur ne s'en revèle-t-elle pas d'elle-même?

Ce n'est que par l'effet de son apparente équité qu'elle se soutient encore. L'équité, telle est l'unique raison par laquelle l'éminent jurisconsulte qui préside la cour suprême, semble se décider à l'adopter, à l'imitation de Pothier. Mais est-il bien vrai que l'équité soit ici tellement en jeu qu'elle réclame une déviation aux principes du droit? Pour nous, nous ne saurions le croire. On oublie trop que la communauté doit subvenir aux besoins des époux et à l'éducation des enfants; que si ces revenus s'accroissent, l'aisance de la famille, en général, s'accroît en proportion; que souvent, d'ailleurs, le sacrifice très-volontairement consenti par l'un des époux est une opération utile à lui-même et qu'il est inique, dès lors, d'en faire retomber le poids sur la communauté, à laquelle pourtant on a demandé davantage à raison même de ce sacrifice. En outre, ces sortes d'opérations sont rares aujourd'hui, et la grande liberté que notre législation accorde aux époux pour s'avantager l'un l'autre, ne laisse que bien peu de place à la présomption de dissimulation et de fraude qui pouvait autrefois s'attacher à des actes d'une telle nature.

En somme, les vrais principes du droit nous paraissent conduire nécessairement à la doctrine que vient de consacrer la cour de Besançon; l'équité, à nos yeux, n'en est nullement blessée. Nous ne pouvons donc que donner la plus complète approbation à son arrêt.

5. — (Cass., 2 février 1852; *J. P.* 53, 1, 396; Dev. 52, 1. 234). Cet arrêt juge plusieurs questions importantes et n'est pas moins remarquable que les précédents par l'exactitude parfaite des solutions qu'il leur donne.

Déjà nous nous sommes occupé dans ce recueil (v. t. II, p. 112) de l'un de ses chefs, celui par lequel la cour a décidé qu'il n'est pas besoin, pour que des créanciers puissent exercer l'action paulienne maintenue dans notre législation par l'article 1167 du

Digitized by Google

Code, que la date de leurs titres soit antérieure à l'acte qui a été fait en fraude de leurs droits. La raison indique, en effet, que tous les créanciers en vue desquels la fraude a été organisée, sont également fondés à se plaindre du dol ourdi contre eux et à poursuivre la réparation du tort qu'on leur a fait subir de dessein prémédité. Tous doivent être indistinctement couverts de la protection de la loi.

L'annotateur du recueil de MM. Dalloz a cru pourtant devoir critiquer notre travail en rapportant un autre arrêt du 14 juillet 1852, qui consacre le même principe que celui du 2 février précédent. Nous n'avons pas bien compris, nous l'avouons, quel est l'objet de sa réprobation, puisque la doctrine qu'il établit lui-même, n'est pas autre que celle que nous avons développée. Ce critique aurait pu s'en convaincre, s'il avait lu jusqu'au bout, avec une attention suffisante, la dissertation dont il nous faisait l'honneur de s'occuper. Mais il nous paraît s'être arrêté aux premières phrases, dans lesquelles nous annoncions que la cour suprême venait de proclamer que tous les créanciers auxquels le maintien d'un acte ferait éprouver un préjudice, ont droit et intérêt, quelle que soit la date de leurs titres, à le faire tomber, s'il est frauduleux ; et il n'a pas remarqué que cette proposition était textuellement extraite de l'arrêt lui-même, et que notre article entier était destiné à l'expliquer et à corriger ce qu'elle peut avoir, au premier coup d'œil, de trop absolu. Notre honorable collaborateur, M. Pont, a bien voulu relever ce qu'il y avait à la fois de vague et d'inexact dans la note de MM. Dalloz à notre égard (V. t. III, p. 11). Il ne nous reste donc qu'à le remercier ici du soin avec lequel il l'a fait, et qui nous dispense de revenir sur cette partie de l'arrêt.

6. Dans un autre chef de ce même arrêt, la cour de cassation confirme de l'autorité si considérable de sa jurisprudence une autre théorie non moins exacte et non moins importante, qui était professée par la presque totalité de nos jurisconsultes anciens et modernes, mais que M. Duvergier, dans ses notes sur Toullier, et M. Zachariæ et ses savants commentateurs ont essayé, dans ces derniers temps, de remettre en question.

Le droit romain et notre ancien droit français n'admettaient la révocation des actes faits par le débiteur en fraude de ses créanciers, contre les tiers qui avaient traité avec lui, que si l'acte était à titre gratuit, ou si l'acquéreur à titre onéreux était lui-

Digitized by Google

même complice de la fraude. Si le tiers acquéreur par acte onéreux avait contracté de bonne foi, le recours des créanciers ne pouvait l'atteindre; et avec raison, puisqu'alors la lutte s'établissait des deux côtés pour éviter une perte, et qu'il n'y avait ni motif ni prétexte pour préférer des créanciers qui avaient suivi, peut-être imprudemment, la foi de leur débiteur, à un acquéreur qui avait livré l'équivalent de la chose aliénée et ne l'avait acquise que dans l'ignorance du dol de celui avec lequel il traitait. L'équité justifiait cette solution, qui était d'ailleurs puisée dans l'application exacte des principes du droit positif, puisque le débiteur n'était pas dessaisi de la libre disposition de ses biens au moment de l'acte, qu'il avait pu valablement les transmettre à des tiers et conséquemment constituer à ceux-ci des droits aussi solides et effectifs que les siens propres.

Par une déduction nécessaire de cette première règle, le droit romain et l'ancien droit français ne souffraient point que la révocation d'un acte frauduleux pût rejaillir, malgré la mauvaise foi du premier acquéreur, sur des tiers cessionnaires, à leur tour, à titre onéreux et de bonne foi, de la chose frauduleusement aliénée. Les arguments de droit et d'équité qui protégeaient le premier acquéreur de bonne foi contre l'action des créanciers, militaient avec la même énergie pour les sous-acquéreurs et s'opposaient également à ce que la perte fût rejetée sur eux.

C'est cette seconde décision que la cour suprême, à l'exemple de la presque unanimité des auteurs, a déclarée, par son arrêt du 2 février 1852, maintenue sous l'empire de notre législation moderne.

Vainement les adversaires de cette doctrine, qui veulent étendre les effets de l'action révocatoire jusqu'aux cessionnaires à titre onéreux et de bonne foi de l'acquéreur de mauvaise foi, prétendent que notre législateur a entendu consacrer l'action paulienne d'une manière beaucoup plus large que le droit romain. Cette première assertion, dont ils recherchent la preuve dans quelques textes du Code (art. 622, 788 et 1053) relatifs à des actes de translation à titre gratuit, n'est pas même exacte à l'égard de ces actes; car, les dispositions qu'ils invoquent ont été rédigées avant l'article 1167, qui est le siége de la matière; elles doivent donc se corriger d'après la règle de ce dernier article; elles sont d'ailleurs démenties par le texte formel de l'article 1464. Tout concourt à prouver, au contraire, dans

Digitized by Google

les travaux préparatoires du Code que ses rédacteurs ont eu la volonté de faire passer dans notre législation l'action paulienne telle qu'ils la trouvaient établie dans le droit ancien, et que c'est pour cela qu'après avoir promulgué le principe de cette action, ils ne se sont pas arrêtés aux détails.

Vainement encore on argumente de la maxime : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. On comprend parfaitement que lorsqu'un tiers acquiert d'une personne qui n'a point la propriété de la chose aliénée, ou en vertu d'un contrat qui est infecté dans son essence d'un vice radical, cet acquéreur ne puisse à son tour valablement transporter sur la tête d'autrui des droits qui ne se sont jamais reposés sur la sienne. C'est ainsi, par exemple, que les sous-acquéreurs ne pourraient, malgré leur bonne foi, se soustraire aux effets de l'annulation du titre de leur auteur prononcée, pour cause de dol de sa part, au profit du premier aliénateur. Car dans ce cas, le titre originaire était imparfait et inefficace à raison du défaut de consentement chez le vendeur ; celui-ci n'avait rien transmis à l'acquéreur qui avait surpris sa volonté par des manœuvres frauduleuses, et cet acquéreur, conséquemment, n'avait rien pu transmettre lui-même à d'autres. Mais ici, tout est différent. L'aliénateur n'était pas dépouillé de la capacité de disposer de ses biens au moment de l'acte ; l'acquéreur lui-même avait capacité pour recevoir les droits aliénés en sa faveur ; le consentement existait des deux parts. L'acte est donc valide en lui-même. Le vice qui l'affecte, ne tient qu'à une cause purement relative aux créanciers de l'aliénateur, à ceux contre lesquels une fraude a été dirigée, et non aux contractants eux-mêmes. La transmission des droits aliénés n'est donc pas imparfaite et inefficace par elle-même et dans son essence. Par suite, une seconde transmission à un tiers dont la personne ne participe en rien au vice exceptionnel qui s'attachait à l'acquéreur primitif et qui naissait uniquement de sa complicité dans l'organisation de la fraude, doit produire un plein effet, parce que les droits transmis existaient effectivement aux mains de ce premier acquéreur et que la précarité de son titre n'avait qu'une cause purement relative et extrinsèque.

Comment concevoir, d'ailleurs, une législation qui traiterait d'une manière différente des acquéreurs également de bonne foi et également à titre onéreux sur ce fondement, unique que l'un a acquis immédiatement du fraudateur, et l'autre médiatement?

Digitized by Google

Pour quelle raison protégerait-elle le premier et sacrifierait-elle le second? Assurément, l'aliénation faite à un acquéreur de bonne foi par l'intermédiaire d'un mandataire complice de la fraude serait valable, d'après le principe admis par M. Zachariæ lui-même, que la révocation ne doit atteindre l'acquéreur à titre onéreux que s'il a trempé dans la fraude. Dès lors, n'y a-t-il pas quelque inconséquence au savant professeur allemand à soutenir que l'acte d'aliénation passé à un tiers de bonne foi par l'acquéreur primitif de mauvaise foi, aura moins de valeur que l'acte émané d'un simple mandataire de mauvaise foi? Cette judicieuse remarque, empruntée à notre savant prédécesseur M. Marcadé, fait toucher du doigt l'inexactitude du système que nous combattons et met en lumière toute l'équité et la justesse de celui qu'a consacré la cour suprême.

7.—(Cass.; rej.; 12 avril 1853; Dev. 53, 1. 257-Dall. 53, 1, 141). Si les arrêts que nous avons examinés jusqu'ici, nous ont paru susceptibles d'être approuvés, il n'en est pas de même des deux derniers dont nous comptons entretenir nos lecteurs.

C'est une règle hors de controverse que si l'action des ouvriers en paiement de leurs journées, fournitures et salaires se prescrit par six mois, aux termes de l'article 2271, l'action des entrepreneurs, au contraire, en paiement du prix du ouvrages qu'ils ont exécutés, ne s'éteint que par la prescription de droit commun, celle de trente ans. Mais la difficulté commence, lorsqu'il s'agit de déterminer si l'ouvrage a été accompli par la voie de l'entreprise, si celui qui a travaillé pour le propriétaire, a fait simplement une location de ses services et de ceux de ses ouvriers, ou bien s'il a pris à bail l'exécution de l'ouvrage.

La cour de Colmar avait jugé que l'on doit considérer comme entrepreneur, et conséquemment soustraire à l'application rigoureuse de l'article 2271, non-seulement celui qui passe un marché à prix fait par l'exécution d'un ouvrage déterminé, mais aussi l'ouvrier qui l'effectue en travaillant à la journée, pourvu, dans ce dernier cas, que l'ouvrage rentre dans la catégorie des gros ouvrages, dont les constructeurs se trouvent soumis, aux termes de l'article 2270, à la responsabilité décennale. Elle s'était fondée sur ce que cet article 2270 ne parle plus, comme l'article 1792, d'un prix fait, et sur ce qu'il qualifie d'entrepreneurs tous constructeurs de gros ouvrages.

Un pourvoi ayant été formé et admis contre cet arrêt, la

Digitized by Google

chambre civile de la cour de cassation était appelée à déterminer les conditions constitutives de l'entreprise, dans le sens légal du mot. Mais par son arrêt du 12 avril 1853, rendu contrairement aux conclusions du savant premier avocat général, M. Nicias Gaillard, elle a rejeté le pourvoi, sans toutefois adopter la doctrine évidemment erronée de la cour de Colmar, et elle a réussi à échapper, au moyen des déclarations de fait qu'elle a cru trouver dans l'arrêt attaqué, à la nécessité de fixer les caractères légaux de l'entreprise.

Le problème n'a donc pas été résolu cette fois, comme il aurait dû l'être, par la cour souveraine ; il reste posé devant la jurisprudence. Le seul fruit que nous puissions tirer de l'arrêt que nous rapportons, c'est, du moins, la condamnation implicite de la confusion d'idées dans laquelle était tombée la cour de Colmar.

L'article 2270 devait, en effet, rester étranger à la question. Il est placé en dehors et loin des règles de la matière de louage. Ce n'est donc pas dans son texte qu'il faut chercher les éléments légaux de la définition de l'entreprise, mais dans ceux qui ont ce contrat même pour objet. La nature comme le prix des ouvrages sont, d'ailleurs, complétement indifférents au mode de leur exécution, et c'est le mode d'exécution qui constitue l'essence du contrat et qui détermine conséquemment les obligations et les droits de celui qui accomplit le travail.

On ne saurait non plus s'arrêter à la profession et aux habitudes de l'ouvrier, comme le proposent certains critiques. Car, si celui qui est dans l'usage d'exercer un métier et de louer ses services à la journée, peut devenir entrepreneur, ainsi que l'exprime l'article 1799, il est tout aussi exact que celui qui, d'ordinaire, ne travaille qu'à prix fait et a même une patente d'entrepreneur, peut, en raison des circonstances, se charger de certains ouvrages peu importants à la journée et suivant le mode suivi en général par les simples ouvriers.

La chambre des requêtes, dans un arrêt du 27 janvier 1851, nous semble avoir approché la règle de plus près, sans y atteindre, cependant encore. Suivant elle, il faut rechercher, pour distinguer l'entrepreneur de l'ouvrier, s'il s'agit de travaux de diverses natures et s'ils ont été exécutés à la suite et en vertu d'un marché à prix fait, ou bien si ce sont des travaux d'une seule nature commandés par le propriétaire sans convention préalable ; et il faut ranger dans la catégorie des simples ouvriers ceux qui, sans

Digitized by Google

marché préalable, exécutent à la journée ou à la tâche, par eux-mêmes ou par d'autres ouvriers qu'ils emploient, des travaux de leur métier qui leur sont commandés par un propriétaire, quelle que soit d'ailleurs l'importance de leurs salaires et fournitures.

On peut relever dans cette formule plus d'une inexactitude. Il importe peu, d'abord, qu'il s'agisse de travaux de diverses natures; l'entreprise peut exister pour une seule nature de travaux, ainsi qu'en témoigne l'article 1799, puisque chaque ouvrier peut devenir entrepreneur dans la partie qu'il traite. En second lieu, on ne peut présenter comme élément de décision l'absence d'une *convention* préalable ; car, il est impossible de concevoir le plus simple louage de services sans la convention préalable, fût-elle simplement tacite, que le propriétaire paiera le salaire du temps employé pour lui. La cour a, tout au moins, mal rendu sa pensée ; elle voulait dire, comme elle l'a fait plus loin en se corrigeant, sans un marché préalable, dans le sens légal et étroit du mot *marché*. Enfin nous ne saurions admettre que le travail à la tâche soit exclusif de l'entreprise, puisque l'article 1791 considère comme susceptible de devenir l'objet d'un marché un travail à plusieurs pièces ou à la mesure.

Quelle sera donc la condition essentielle constitutive de l'entreprise?

A nos yeux, ce sera uniquement l'existence, non pas d'une simple convention préalable, mais d'un *marché*, en employant ce terme dans le sens spécial que lui ont donné les rédacteurs du Code au chapitre III du titre de louage, mais d'un prix fait, à l'exclusion du paiement de salaires à la journée. C'est à cette solution que conduit toute l'économie de la loi. Dans l'article 1779, en effet, le législateur distingue du louage *des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un* celui *des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés*. Dans la rubrique de la 1re section du chapitre, il explique l'expression de *gens de travail* de l'article 1779 en les divisant en *domestiques* et *ouvriers*. La section III, au contraire, qui doit traiter de louage *des entrepreneurs d'ouvrages*, d'après les catégories établies dans l'article précité, porte pour rubrique *des devis et marchés*. Les articles 1792, 1793, 1794, qui posent les règles les plus importantes de l'entreprise, rapprochent tous trois de la qualification *d'entrepreneur* les expressions de *prix fait*, de *forfait*, de *marché à forfait*, de telle façon qu'on ne puisse douter que, dans l'esprit du Code, cette cir-

Digitized by Google

constance ne soit tout à fait caractéristique du contrat d'entreprise. Enfin, l'article 1799 assimile les ouvriers aux entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent, à la condition *qu'ils auront fait directement des marchés à prix fait.*

Les textes parlent donc assez clairement, et la raison vient confirmer la doctrine qu'ils consacrent. Quand l'ouvrier passe un marché à prix fait, il ne loue plus simplement son temps et ses forces, le temps et les forces des autres ouvriers qu'il s'adjoint et dirige ; il se charge de mener à fin et de livrer un ouvrage. Un élément de spéculation entre alors dans le contrat qui se forme, à la différence du simple louage de services ; l'ouvrier assume les risques des pertes de temps, des malfaçons à réparer, des retards fortuits dans les travaux. Ce que le propriétaire doit payer, ce n'est pas la durée des services ; c'est l'ouvrage accompli, d'après sa valeur propre et indépendamment des frais de détail qui ont pu accroître la dépense.

Et qu'on ne s'y trompe pas. Il n'est pas indispensable pour qu'il y ait en réalité marché à prix fait, qu'un devis ait été dressé, qu'un prix ait été débattu et arrêté à l'avance, et que l'entrepreneur se soit engagé à exécuter l'ouvrage entier, à ses risques et périls, pour le prix fixé avant le commencement des travaux. Le marché peut fort bien n'être pas conclu dans des termes précis et explicites. Il suffit que les bases du prix aient été posées, par exemple, à tant la mesure, ou même que les parties soient expressément ou tacitement convenues de le régler, après l'entreprise achevée, soit à l'amiable, soit d'après l'usage, soit à dire d'experts. Ce qu'il faut pour constituer le marché à prix fait, c'est, nous le répétons, que l'ouvrage seul doive être payé d'après sa valeur effective, et non le temps employé ; c'est que le prix ne dépende pas du nombre des journées. que le compte ne se règle pas par journées et par heures de travail.

Tel est, suivant nous, le principe auquel les tribunaux devraient s'attacher uniquement afin d'éviter tout arbitraire, toute incertitude ; c'est le seul que notre législateur ait eu en vue ; c'est le seul aussi qui se justifie par lui-même et rende raison de la différence que l'article 2271 établit entre les droits des simples ouvriers et ceux des entrepreneurs de travaux qui ont travaillé, à titre de louage d'ouvrage, pour un propriétaire.

8. — (Paris, 17 février, 1853; *J.-P.* 53, 1,279.) — Pour la seconde fois, la cour de Paris vient de juger, par son arrêt du

Digitized by Google

17 février dernier, que l'action en garantie contre les architectes et entrepreneurs, résultant des articles 1792 et 2270 du Code, s'éteint, comme le principe même de la garantie, par un laps de dix années à partir de la réception des travaux. Elle avait déjà adopté ce système dans un arrêt du 15 novembre 1836, et quoiqu'il ait soulevé parmi les jurisconsultes une réprobation universelle, elle y persiste aujourd'hui sans tenir compte des justes critiques dont il a été l'objet.

Ce système de la cour de Paris repose sur une évidente confusion d'idées. Les articles 1792 et 2270 ont établi, contre les architectes et entrepreneurs qui ont construit ou dirigé de gros ouvrages, une présomption de faute et, par suite, une obligation de garantie, si ces ouvrages périssent ou même si un vice grave s'y révèle avant l'expiration de dix années, depuis la réception de leurs travaux. Si la ruine, au contraire, n'arrive ou si la défectuosité des ouvrages ne se découvre qu'après, le législateur les a exemptés de toute responsabilité, parce qu'alors il reconnaît en leur faveur une présomption *juris et de jure* qu'elle provient de la vétusté, et non de leur faute. Cette règle n'a rien d'équivoque; elle ne laisse point de place au doute et aux scrupules d'interprétation.

Si donc, avant l'expiration de dix ans, un bâtiment s'écroule, les architectes et entrepreneurs sont tenus envers le propriétaire, et il s'ouvre contre eux, en faveur de celui-ci, une action en indemnité. Cette action est assurément quelque chose de distinct de l'obligation de garantie, puisqu'elle en est la conséquence; elle en diffère nécessairement comme l'effet de la cause. La cour de Paris, cependant, proclame qu'elle s'anéantit par l'expiration de ce même laps de dix années, pendant lesquelles subsiste l'obligation de garantie, et qu'à quelque moment de ces dix années que l'action ait pris naissance par la découverte du vice de la construction, elle ne peut plus être exercée après le terme assigné par les articles 1792 et 2270 à la responsabilité elle-même.

Cette solution contredit à la fois toutes les notions de la logique et du droit.

Elle blesse la logique, puisque, encore une fois, elle repose sur la confusion des deux choses qu'il est le moins permis de confondre : la cause et l'effet. Elle la blesse en outre par l'étrangeté des conséquences auxquelles elle conduit. L'action en garantie, une fois ou-

Digitized by Google

verte, n'aura aucune durée fixe ; elle pourra être exercée pendant dix années, si le vice se manifeste de suite ; elle ne sera recevable que pendant quelques jours ou peut-être même quelques heures seulement, s'il ne se révèle que dans les derniers jours ou même le dernier jour des dix années ; de telle sorte que le propriétaire ne sera armé quelquefois que d'un droit purement illusoire et inefficace, et que sa position sera rendue d'autant plus précaire que la cause de ruine aura été mieux déguisée par le constructeur et plus difficile à découvrir.

Cette solution ne contrevient pas moins aux principes les plus élémentaires du droit, puisqu'elle fixe le point de départ de la prescription à une époque où le droit n'est pas même encore ouvert, et qu'elle méconnaît ainsi cette règle de raison : *contra non valentem agere non currit præscriptio*. En effet, ce n'est que par la manifestation du vice que prend naissance le droit du propriétaire à une indemnité ; ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il peut exercer une action en garantie. Comment donc concevoir que cette action puisse commencer à se prescrire du jour de la réception des travaux ?

A ces considérations péremptoires à l'aide desquelles tous les auteurs font justice de son système si malheureusement inauguré en 1856, la cour de Paris a sans doute cru répondre dans les motifs de son nouvel arrêt. Mais si ces motifs sont longs et nombreux, ils sont pauvres de bonnes raisons, il faut bien le dire. Tous reviennent à cette proposition : la loi n'a pas distingué entre le principe même de la garantie et l'action en garantie une fois née ; c'est-à-dire à cette confusion que nous avons signalée, de la cause et de l'effet, confusion étrange et dans laquelle notre Code n'est certes pas tombé.

Il en est un, cependant, que nous devons particulièrement signaler ; c'est celui par lequel l'arrêt s'est efforcé d'expliquer et de justifier la décision bizarre qu'il prêtait au législateur. C'est le désir d'étouffer les procès qui l'a inspiré, dit la cour de Paris. Quoi ! ce désir aurait été jusqu'à la dénégation du droit le plus évidemment acquis ! Mais loin qu'une pareille doctrine doive étouffer les procès, ce sont bien plutôt les arrangements amiables qu'elle empêchera. Les faits mêmes de la cause, tels qu'ils paraissent résulter de l'arrêt, en fournissent la preuve. Le propriétaire n'avait découvert qu'après neuf années le vice de sa construction. Au lieu d'agir de suite contre les entrepreneurs, il

Digitized by Google

essaya de faire remédier à ce vice par des travaux d'amélioration, et ce ne fut que plus tard, après sans doute qu'il eut reconnu leur inefficacité, qu'il réclama devant les tribunaux la garantie des constructeurs. Mais alors les dix années étaient écoulées, et la cour de Paris, qui eût accueilli son action rigoureusement intentée à la première manifestation du vice, l'a déclarée non recevable.

A tous les points de vue donc, aux yeux du praticien aussi bien que du théoricien, l'arrêt du 17 février 1853 doit être considéré comme une erreur judiciaire, sur laquelle reviendra tôt ou tard la cour même dont il émane.

FL. MIMEREL,

Docteur en droit, avocat au conseil d'État et à la Cour de cassation.

ESSAI PHILOSOPHIQUE

SUR LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT NATUREL ENVISAGÉ COMME UNE SCIENCE SPÉCIALE.

« Ce n'est que sur les lois de la nature qu'on peut établir « celles des sociétés. » (BERNARDIN DE SAINT-PIERRE.)

CHAPITRE I. — PROLÉGOMÈNES.

Du droit en général, de sa source, de son essence constitutive, etc., des éléments sociaux qui agissent sur son développement extérieur.

Depuis fort longtemps les questions importantes, je dirai même les questions vitales pour la science, que soulève l'étude du droit naturel, ont vivement préoccupé les esprits sérieux. Les solutions ont été bien diverses ; pourquoi ? C'est qu'avant de pénétrer au fond même de ces questions, on n'a pas assez cherché à s'accorder sur la signification qu'il convient d'attribuer au mot *droit* pris dans un sens général. L'idée du droit saisie dans sa généralité absolue, confère à toutes les autres espèces d'idées exprimées par le même mot leur signification et leur valeur ; toutes en dérivent, toutes se rattachent à l'idée mère par des liens intimes. Aussi l'on aurait tort d'imputer à la pauvreté de l'idiome français les acceptions multiples et variées que revêt le mot *droit* ; car entre toutes les idées désignées par cette expression, existent les rapports d'une cause à son effet et d'un effet à sa cause. Raison de plus pour expliquer d'une manière bien exacte, l'idée

Digitized by Google

du droit prise dans sa généralité suprême, pour rechercher son *criterium* de vérité.

Faut-il considérer le droit comme un assemblage de règles arbitraires qui ont uniquement pour titre, la détermination du pouvoir législatif, et dont l'autorité se réalise par la force exécutive? Je ne saurais combattre trop ardemment cette opinion erronée. Liberté des actions humaines, pouvoir social qui en détermine les limites, autorité chargée d'amener l'efficacité des règles établies, telles sont les trois conditions extérieures de la réalisation du droit. Ces conditions ont-elles constamment été entourées de garanties infaillibles? N'ont-elles jamais présenté des formes, des solennités inutiles, illusoires, ou fautives? L'histoire atteste le contraire, mais il ne faut pas croire pour cela, que le droit pur se trouve dénué de l'essence constitutive de toute règle obligatoire. Le droit en lui-même, dans sa nature intime, renferme un élément supérieur aux conditions sous lesquelles il existe extérieurement, il n'est respectable qu'autant qu'il se trouve corroboré par une sanction morale. Le droit et la morale sont deux sciences qui ont une source commune. Cette source, c'est le bien en soi, type admirable et absolu. Là se découvre le *lex legum* de Bacon. C'est de cette source qu'émanent tous les sublimes principes dont les législations se rapprochent toujours davantage à mesure que le genre humain subit plus profondément leur influence civilisatrice. Aussi la science du droit n'est-elle aride qu'à la surface, quand on étudie les formes; au fond elle se révèle avec une noble origine, une haute et attachante moralité. Quand on a examiné, approfondi dans le passé historique les diverses phases du développement du droit, on reconnaît infailliblement que les institutions humaines n'ont de légitimité, de force et de durée qu'autant qu'elles découlent des principes du bien en soi, qu'autant qu'elles ne s'écartent pas des plus hautes vérités sociales.

Mais qu'entendez-vous par le bien en soi, m'objectera-t-on? Si vous abandonnez l'établissement des principes du bien en soi à la discrétion des faiseurs de systèmes, à ces rêveurs de séduisantes utopies qui supposent au genre humain une nature tout autre que celle qui, jusqu'à présent, s'est fait voir dans nos consciences et dans notre conduite, votre doctrine péchera par sa base. Je ne me dissimule pas la justesse de ces objections. Oui certes, on ne saurait trop se mettre en garde contre cet esprit

Digitized by Google

de système qui, suivant les expressions d'un célèbre contemporain, *brave la puissance des faits, et souvent, sous le mysticisme calculé d'obscures théories, couvre de funestes doctrines, nourrit de fatales pensées.* C'est pour ce motif que je rejette tous les systèmes philosophiques qui ne reposent pas sur une psychologie bien faite. La vie, comme la pensée, a besoin de règles, l'humanité les découvre et les proclame; mais elle ne les crée pas. Aussi ces règles, dont on surprend les secrets dans la vie individuelle et dans la vie des sociétés, sont-elles conformes aux vœux permanents de tous les esprits sérieux et réfléchis. Non, jamais il n'y aura de génie humain assez puissant pour déplacer la borne du bien et du mal, parce que cette délimitation n'est point l'œuvre des moralistes, mais qu'on la voit immuablement consacrée par l'assentiment des siècles. Que penser de cette foi commune dans le bien? Ne révèle-t-elle pas la sublime direction d'une volonté providentielle? « Dieu, l'inépuisable mot, comme a dit M. Saint-Marc-Girardin, vient au bout de toutes les études de l'homme. » Et en effet, aucun objet de la nature n'est lui-même la cause première de son existence; que notre intelligence, s'unissant à notre âme, dévoile la cause absolue, et Dieu paraît [1].

Toutes les découvertes des sciences, tous les progrès contribuent à la preuve des vérités qui expliquent l'œuvre de la création, et souvent à dissiper l'ignorance et les faux préjugés.

Dieu a évidemment laissé dans la création, dans les révélations divines, l'empreinte de sa pensée, de ses intentions permanentes et immuables. En approfondissant, sous cet aspect, les lois de la nature humaine, nous pourrons donc apprendre à connaître les conditions d'existence, de vertu, de prospérité qui, dans ce monde, ont été faites à l'humanité. Attendre, autant que possible, la perfection qu'il nous est donné de concevoir idéalement, devra évidemment être le but de nos efforts.

Dans tous les pays, chez toutes les nations, à toutes les époques de leur histoire, et par conséquent abstraction faite de leur degré d'ignorance et de lumières, on rencontre comme preuve d'une révélation primitive la croyance, pour ainsi dire innée, que l'homme a une vocation dans ce monde; qu'il doit faire le bien et éviter le mal. En quoi le véritable bien consiste-t-il?

[1] Dieu est esprit et ce n'est que par l'esprit qu'on le peut atteindre. (Bossuet, *Sermon de l'amour des plaisirs.*)

Digitized by Google

Comment convient-il d'agir pour le réaliser, l'accomplir dans chacune des situations variées de la vie ? Ce sont là, autant de questions qui ont reçu des solutions plus ou moins exactes, suivant le plus ou moins de développement des esprits appelés à sortir du vague et de l'obscurité où ils se trouvent à cet égard. Toujours est-il, qu'au fond de notre âme repose un sentiment sublime qui témoigne hautement devant tout le cours des siècles que nous ne nous attachons à l'erreur, qu'autant qu'on nous la présente comme la vérité. Le voile est-il déchiré, les superstitions ont-elles été découvertes, aussitôt les chaînes sont brisées, et nous courons chercher ailleurs la raison et la justice auxquelles seules, nous reconnaissons le Droit de domination.

La distinction que je viens d'établir entre la *forme* et la *matière* du bien, entre son but et le moyen d'y arriver, explique la variabilité, la perfectibilité des préceptes moraux, en même temps que la permanence, l'immuabilité de la loi morale *in abstracto*.

Il en est du droit dans l'histoire des sociétés comme de la morale dans l'histoire de l'homme. La liberté humaine, l'activité spontanée et personnelle des individus, la diversité des volontés dans la vie sociale, jointe au besoin profondément senti de rapports mutuels et d'un développement en commun, tels sont les principaux éléments qui ont servi à la réalisation du *droit*. Mais le droit *in abstracto* n'est pas moins une notion psychologique et morale ; il a son point de départ dans les sublimes facultés de notre âme, dans la nature même de l'homme, créé par Dieu avec la liberté de faire des lois sages et conformes à sa destination. On peut presque dire que l'idée du droit se trouve justifiée par sa seule existence. Elle entraîne à sa suite toutes les circonstances propres à la faire naître ; je veux parler de l'individualité de l'homme en présence de ses semblables et des objets extérieurs. Aux prises avec la réalité des faits, avec les différents mobiles, tant intérieurs qu'extérieurs, qui détournent la liberté humaine de sa voie légitime, l'idée absolue et transcendante du droit paie tribut à l'objet auquel on l'applique ; elle subit l'influence des suggestions diverses qui agissent sur la détermination de la volonté humaine ; c'est ainsi qu'elle présente des exemples plus ou moins frappants de mélange du bien et du mal, du juste et de l'arbitraire. Si l'on remonte à la source des choses, on ne tarde pas à acquérir la certitude, que les principes fondamentaux du droit se révèlent à notre esprit sous la forme d'idées nécessaires et absolues, idées

Digitized by Google

dont l'influence morale est en corrélation intime, tant avec la nature de l'homme qu'avec la nature des sociétés humaines. Il y a donc dans le droit, examiné dans sa haute généralité, deux éléments vivificateurs : l'élément nécessaire, et l'élément contingent. L'absolu et le relatif, l'immuable et le transitoire, le divin et l'humain s'y combinent. En effet, c'est par l'intervention de l'homme, par son consentement libre, que l'élément nécessaire du droit reçoit une manifestation extérieure, prend une forme sensible. Le droit, de même que le corps humain, contient en lui sa puissance de développement; mais c'est l'homme qui doit lui fournir les moyens de grandir dans ses évolutions.

L'histoire du droit n'est autre chose, à proprement parler, que l'histoire des modifications du principe contingent dans ses rapports avec le principe nécessaire, en d'autres termes, l'histoire du développement des choses humaines dans leur rapport avec les choses divinement préétablies. Ramenés ainsi à la distinction si précise de Montesquieu, entre les lois que l'homme a faites, et les lois qu'il n'a pas faites, nous pouvons nous attacher à discerner dans le droit ce qu'il y a d'immuable d'avec ce qu'il y a de temporaire.

De tout temps, les idées ont renfermé une incontestable puissance d'expansion et d'agrégation. Aujourd'hui plus que jamais peut-être, les masses suivent volontiers l'impulsion des penseurs. Mais les opinions varient; elles subissent de fréquents ondoiements. Cette circonstance se remarque cependant beaucoup moins dans les idées ou notions générales et nécessaires, qui seules ont le secret de prédominer les esprits et de moraliser l'humanité. Avant tout, c'est sur la révélation, sur le culte des idées fondamentales du droit envisagé philosophiquement que les esprits sérieux doivent porter leur attention. Ces idées proclamées d'une manière exacte, suffisamment justifiées et répandues, présenteront des armes irrésistibles pour combattre toutes les doctrines erronées et mensongères, pour renverser tous les systèmes injustes et vexatoires qui, entre les mains de l'ignorance brutale ou de l'audace factieuse, sont autant de leviers d'agitation, autant d'instruments d'agression et de révolte.

Mais quel est le *criterium* des idées fondamentales et nécessaires du droit? car, sans aucun doute, les principes du droit absolu, comme les préceptes moraux, ne sont admirables qu'autant qu'ils sont justes et vrais. A quelle autorité faut-il recourir pour véri-

Digitized by Google

fier leur exactitude ? La réponse à cette question importante n'est possible qu'autant qu'on s'est décidé sur la solution à donner au problème de la légitimité de nos connaissances, problème capital qui sert à mesurer la science humaine tout entière. L'illustre Royer-Collard a fort bien fait ressortir l'importance de ce problème dans un de ses discours d'ouverture, le dernier qu'il ait prononcé dans la chaire du professeur : « La morale publique et « privée, dit-il, l'ordre des sociétés et le bonheur des individus « sont engagés dans le débat de la vraie et de la fausse philoso- « phie sur la réalité de la connaissance. Quand les êtres sont en « problème, quelle force reste-t-il aux liens qui les unissent ? On « ne divise pas l'homme ; on ne fait pas au scepticisme sa part. « Dès qu'il a pénétré dans l'entendement il l'envahit tout entier. « Qu'en un seul point la nature de la connaissance, la *nature*, « dis-je, et non le degré, soit subordonnée à nos moyens de con- « naître, c'en est fait de la certitude ; rien n'est faux ; ce n'est pas « assez dire ; tout est faux et vrai tout ensemble, puisque le faux « et le vrai ne diffèrent plus du doux et de l'amer. »

Le scepticisme systématique, en d'autres termes, la détermination à ne rien croire, fondé sur l'examen des moyens que nous avons d'arriver à la vérité, occupait autrefois, et occupe malheureusement encore de nos jours, une assez grande place dans la philosophie. Il n'a pas cessé d'appuyer ses incertitudes sur la nature de la connaissance humaine, sur celle du sujet qui connaît et sur celle de l'objet connu. « *Source de la grande ironie de l'homme pour lui-même*, » comme disait madame de Staël, le scepticisme a conservé de zélés partisans. Et cependant, que de philosophes profonds se sont attachés à le combattre ! Pascal, pour la réfutation du scepticisme, n'a-t-il pas écrit des pages entraînantes de conviction ? « Je mets en fait, concluait-il, qu'il n'y « a jamais eu de pyrrhoniens effectifs et parfaits. » Comment en effet pourrions-nous avouer que nous sommes souvent sujets à l'erreur, si nous nous trouvions dépourvus d'une puissance propre à distinguer l'application légitime ou irrégulière de chacune de nos facultés ? Tout homme qui veut apprendre et savoir, doit irrésistiblement reconnaître comme axiome, que l'organisation de ses facultés est propre à lui faire discerner la vérité de l'erreur. Autrement il n'y a plus de science possible. Et prenons-y garde : à l'anarchie de la pensée correspond l'anarchie sociale. Il faut donc à l'humanité des garanties, des motifs de certitude ; il lui

Digitized by Google

faut des croyances qui lui servent en ce monde de règles de conduite.

Sans doute, l'infaillibilité n'est pas de notre nature ; mais il est de notre nature de chercher la vérité, de nous poser des questions dont souvent Dieu seul a la réponse. C'est ainsi que notre faiblesse même devient le stimulant de notre force, de notre grandeur. Le besoin inné du vrai nous excite à tenter de découvrir les décisions de la raison divine partout où elle a laissé sa sublime empreinte, à rechercher des principes invariables, un inextinguible foyer de lumières. Mais quel est le meilleur guide pour atteindre ce but? A quel appui devons-nous recourir afin de ne pas faire un faux pas en chemin? Les systèmes se présentent en foule, lequel d'entre eux adopterons-nous de préférence ? Pour les énumérer, pour les juger tour à tour, il me faudrait remonter pas à pas tous les degrés parcourus jusqu'à nos jours par la pensée humaine. J'aurais à examiner successivement les anneaux de cette chaîne immense et cependant inachevée, dont le premier chaînon a été formé dès l'origine des temps, et dont pour le moment les derniers anneaux se façonnent dans les écoles modernes, dans les écrits contemporains.

De savantes, d'ingénieuses solutions ont été présentées dans le but de constater un *criterium* du vrai, de préciser la science humaine et de s'opposer ainsi à l'indifférence scientifique, aux égarements d'un scepticisme dangereux et humiliant tout à la fois. Inspecterai-je cette formidable phalange de philosophes et de penseurs qui commence avec l'histoire des premiers temps, et se continue sans interruption jusqu'à notre âge ? Examinerai-je tour à tour les systèmes divers de Pythagore, de Platon et d'Aristote, des réalistes et des nominaux, de Descartes et de Locke, des Ecossais et des Allemands? Depuis moins d'un siècle se sont élevées successivement les doctrines de la sensation, de l'idée pure, du sens commun, de la raison personnelle, du sentimentalisme, du sens moral ou réfléchi, de l'identité absolue, de l'idéalisme dialectique, du développement d'une même substance par une infinité d'attributs, etc., etc... Mais ces diverses doctrines n'offrent en dernière analyse qu'une science insuffisante, basée le plus souvent sur de gratuites hypothèses, sur des affirmations contestables, ou sur des abstractions confuses, énigmatiques. Ce sont des monuments construits par d'ingénieux architectes ; mais qui, présentant certaines défectuosités, doivent être l'objet de

Digitized by Google

critiques sévères quand on aborde les grands débats de la philosophie. Choisissez n'importe lequel de ces systèmes, vous ne découvrirez qu'imparfaitement la source du désintéressement, de l'espèce d'enthousiasme moral, avec lequel l'homme est capable d'agir dans beaucoup de circonstances. Le vrai principe de la morale, cette branche si importante des connaissances humaines, s'y trouve, sinon méconnu, du moins défiguré. En définitive, ces systèmes font à l'homme une condition désespérante, inacceptable. Je ne m'y arrêterai point.

Pleins de défiance pour les hypothèses, frappés de la faillibilité des raisonnements de l'homme, quelques esprits sages et pieux ont proposé, comme seule ancre de salut, une philosophie complétement chrétienne. Aujourd'hui, plus que jamais peut-être, les préceptes du christianisme qui, bien compris, sont pour ainsi dire l'expression la plus harmonique des lois de la nature, exercent évidemment une heureuse et bienfaisante influence sur toute la science philosophique. Et néanmoins, il n'y a pas, ce me semble, acte de témérité à nier l'existence d'une philosophie expressément révélée. On ne peut prétendre que Dieu ait manifestement dicté une psychologie ou une logique. Les philosophes chrétiens, même les plus orthodoxes, se divisent, aussi bien que leurs adversaires, en écoles et en sectes. Quand ils se sont occupés d'établir un ensemble systématique, ils ont constamment été obligés de le former d'après leurs propres vues, sous leur responsabilité personnelle. Aussi sont-ils loin d'être d'accord entre eux sur toutes les questions difficiles, et notamment sur le principe du droit et de la souveraineté. Ne craignons donc pas de l'affirmer, la vérité pure et complète, la philosophie modèle n'est nulle part promulguée immuablement. Elle se révèle à l'humanité par la conquête lente et progressive de chacun de ses éléments. On la distingue plus clairement à mesure que l'on connaît mieux la destination de nos différentes facultés; à mesure que l'on approfondit davantage l'ordre de la création, la nature des êtres et le développement de leur vie.

Suivons la marche des âges, nous verrons chaque découverte nouvelle venir augmenter ou modifier quelque partie de nos connaissances. C'est dans cette direction d'études, déjà vieille dans le monde savant, qu'a travaillé l'école appelée éclectique, école qui, il y a trente ans, s'est élevée en France, et n'a pas tardé, après une courte période d'éclat, de devenir l'objet de vives attaques.

Digitized by Google

Comme son terme l'indique, l'éclectisme n'est qu'un choix. Il suppose une autorité, un *criterium* pour discerner la vérité. Ce *criterium* varie suivant les diverses sectes; c'est par là qu'elles diffèrent; car toutes respectent le passé, toutes étudient les travaux de leurs devanciers, et en profitent bien souvent; toutes enfin, préoccupées de la valeur des principes, apprécient les données de la raison, indiquant ce qui doit être, observent attentivement ce que nos sens perçoivent *du dehors* et notre conscience *en nous*.

C'est surtout dans l'examen des phénomènes du monde immatériel que l'on trouve le dernier pourquoi, le dernier comment de notre existence passagère. L'homme a en lui des croyances natives du cœur, une conscience *indépendante de l'expérience, une droite raison*, un esprit créateur dans toute la force du mot [1]. Ce sont là ses plus belles, ses plus nobles facultés. C'est dans leurs profondes et sublimes révélations que la science doit principalement chercher les titres de sa légitimité, comme de la vérité de ses doctrines.

Le spiritualisme éclectique présente, ce me semble, la meilleure solution scientifique du grand problème social; mais entendons-nous; tout en maintenant les droits de la conscience humaine et de la saine raison, le spiritualisme éclectique ne saurait avoir trop égard aux sublimes enseignements du christianisme. La révélation divine est pour ainsi dire le mystérieux lien qui rattache la terre au ciel. Toutes les nations sont providentiellement appelées à recevoir l'enseignement d'en haut. Plus la parole sainte s'étendra sur le monde, plus s'éclaircira l'horizon de la destinée humaine.

« Il faut croire à de certaines vérités comme à l'existence; « c'est l'âme qui nous les révèle, et les raisonnements de tout « genre ne sont jamais que de faibles dérivés de cette science [2]. » En s'interrogeant à fond sur les questions du principe des choses, le philosophe consciencieux, éclairé par la doctrine chrétienne, réfléchissant son esprit sur lui-même et sur l'univers,

[1] Bien souvent déjà on a méconnu l'office de la raison qui est uniquement d'éclairer. Il faut se garder d'attribuer à la raison tous les sophismes de l'entendement ou du jugement. L'entendement est une puissance composée; ses éléments sont à la fois spirituels et matériels. La raison n'a pas une force invincible; simple lumière, ses jets sont uns, généraux et invariables.

[2] Madame de Staël *de l'Allemagne*, IIIe partie, chap. v.

Digitized by Google

arrivera certainement par l'enchaînement de ses méditations, à la compréhension, à l'admission des premières bases du christianisme, et trouvera que ces bases sont universellement démontrables. L'étude des œuvres des plus illustres écrivains anciens et modernes ne contribue-t-elle pas à nous donner l'intime conviction que Dieu a imposé à l'esprit humain des limites infranchissables? Oui, certainement, et ainsi se trouve justifiée la fameuse sentence de Bacon : « un peu de philosophie éloigne de « la religion, tandis qu'une étude approfondie y ramène. »

La révélation possède certaines vérités indispensables aussi bien à l'intelligence du *Tout* qu'à l'œuvre de la religion. Hors de ces vérités primitives, il n'y a pas de solide philosophie. Quand elles se trouvent reconnues et justifiées, comme elles peuvent l'être, par la conscience intime, par le sentiment et par la droite raison, la science expérimentale (ou, si l'on veut, la philosophie éclectique) peut se produire avec une énergie tout à fait persuasive, explorer le passé et préparer l'avenir; en d'autres termes, étudier la nature, le monde et son histoire, jeter des regards d'aigle sur le mouvement actuel de l'humanité, contribuer au perfectionnement progressif de l'espèce humaine et marcher ainsi dans les voies de la vérité.

Par lui-même le mot *loi* implique l'idée de quelque chose de supérieur à la personne, de quelque chose d'universel, de souverain et de sacré. Il est, pour le monde moral, une pensée qui revêt tous ces caractères. J'entends parler de l'idée pure du bien absolu. Dès que l'homme s'élève intérieurement jusqu'à cette idée, son esprit, ainsi que sa conscience, trouvent la révélation de *motifs obligatoires*. Le libre arbitre qu'il sent en lui (et qui consiste à être la cause efficiente de ses actes) a rencontré en même temps un frein et un guide. En faisant ce que nous sommes appelés à faire pour atteindre notre grande fin, non-seulement nous allons à notre bien, mais nous contribuons encore à la réalisation du bien absolu qui exige l'accomplissement de toutes les fins particulières des objets de la création. Ces fins, l'esprit humain est incapable de les déterminer toutes. La nature a ses abîmes dans lesquels l'œil le plus exercé et le plus savant ne pénétrera jamais. Ainsi, tout en comprenant que les éléments de la fin absolue de la création doivent indistinctement être sacrés pour nous, il nous est néanmoins impossible de proposer à nos actions un meilleur but que la réalisation du bien suivant ce qu'il

Digitized by Google

nous a été donné de comprendre et d'accomplir. La Providence a sur l'espèce humaine des intentions particulières ; elle a confié à l'humanité le soin de les réaliser. En la dotant des facultés nécessaires pour accomplir une noble vocation, elle l'a en même temps gratifiée de tous les éléments propres à connaître sa nature d'abord, les conditions de la vie actuelle ensuite, et à déterminer ainsi sa véritable destination qui présente le triple aspect de la destinée de l'individu, de celle des sociétés et de celle du genre humain.

Des principes générateurs de l'ordre moral, dirigeons notre attention sur la génération même du droit [1].

L'idée suprême du droit, a, nous l'avons déjà dit, son point de départ dans l'âme de l'homme. Aussi est-ce de son propre mouvement que l'homme manifeste le sentiment du bien et du mal, du juste et de l'injuste. Il proclame ses principales conceptions morales par des règles, des commandements, des institutions. Les nécessités de la vie, les faits de la nature, de concert avec toutes les facultés de son âme, l'ont excité à la recherche du juste et du vrai. Comprenant sa mission, sa destinée ici-bas, qui est de vivre en société et de réaliser le plus de bien possible, l'espèce humaine, dès l'origine des temps, s'est appliquée à déterminer son existence sociale en modérant sa liberté d'action et en se dirigeant vers le bien suprême. De là, l'établissement des législations qui se sont partagé et qui se partagent encore le monde. Si la création des lois humaines positives atteste que nous ne faisons pas toujours spontanément le juste sacrifice d'une portion de notre liberté extérieure, et qu'il a fallu dans ce but statuer une contrainte ; par contre, elle est aussi une preuve certaine des penchants moraux de l'humanité, de ses sentiments du devoir. Chez tous les peuples du monde, le droit s'est produit sous la forme de lois, forme secondaire qui recèle le principe, l'idée primitive et absolue, idée qui semble naturellement, providentiellement née avec l'homme.

L'existence du droit s'est manifestée dès qu'un homme a coexisté avec son semblable, c'est-à-dire dès l'origine des temps [2].

[1] Comparez, à ce sujet, Grotius, *de jure belli et pacis*, t. I, Discours préliminaire : de la certitude du droit en général.

[2] « Le droit a le même berceau que l'homme, et si l'homme a pris nais-« sance sur les plateaux de l'Asie, c'est là qu'il faut chercher l'origine de

Digitized by Google

Ce que les instincts de l'homme et les faits naturels ont simplement ébauché, l'intelligence et la raison humaines se sont appliquées à le développer, à le régulariser graduellement. On rencontre l'énergique empreinte du *Droit* aussi bien dans le simple état de famille de tribu, que dans les états de cité ou de peuple. Les liens de la nature qui rattachent tout homme à un autre n'ont point été assez forts pour empêcher l'espèce humaine de se disséminer sur le globe et de se partager en associations diverses plus ou moins nombreuses. Dans chacune de ces associations, l'homme a apporté ses facultés diverses; il a cherché à garantir le juste développement de sa personnalité par des institutions sociales. Ainsi, comme Aristote l'a très-judicieusement fait remarquer (dans sa *Politique*), l'Etat, sorte de personne collective, est résulté de deux éléments constitutifs, à savoir : de l'*agrégation* et de l'*ordre moral*. Le travail social s'est trouvé plus ou moins avancé, selon le plus ou moins de régularité dans l'action des éléments d'association, d'ordre et de progrès. Bien souvent les nations ont dû leur grandeur au génie de leurs législateurs et des chefs qui les gouvernaient ; mais c'est surtout sous la juste domination du droit qu'elles se sont civilisées. Il n'y a pas d'institution statuant sur l'organisation sociale, qui n'ait plus ou moins profondément réagi sur la vie intérieure des familles, sur la conduite morale des individus ; aussi peut-on assez exactement juger du degré de liberté et de moralité d'un peuple par l'examen des lois ou coutumes qui régissent les personnes et leurs actions.

L'homme est à la fois esprit et corps ; il a le privilége d'une libre autorité ; sa pensée peut s'élever jusqu'à Dieu. L'amour du beau, le sentiment moral et la conscience sont incontestablement de la nature de l'homme. Il a aussi le sentiment de l'infini, mais ce sentiment se développe peu à peu. A l'âge où les passions l'agitent, où l'ambition le soulève, la raison vient prendre sur ses facultés un puissant empire. Loin de tendre à la destruction de la foi, la raison éclaire l'intelligence de l'homme, elle contribue à lui faire justement apprécier les plus hautes vérités sociales. Jamais l'homme n'est plus heureux que lorsqu'il sent qu'il participe par sa conduite à l'ordre universel, au bien

« l'histoire du droit, car, avant de vous asseoir sur les bords du Tibre, vous « trouverez quelque profit à parcourir les rives de l'Euphrate, du Gange, du « Nil et même du Jourdain. » (Introduction au répertoire du *Journal du Palais*.)

Digitized by Google

absolu. C'est qu'il est créé par Dieu pour marcher vers le bien.

Tous les éléments qui impriment à l'humanité une marche ascendante apparaissent au début de la vie sociale comme à chacune des périodes de son développement organique. Ils se trouvent seulement combinés dans des proportions différentes. On les voit porter successivement d'une manière plus prononcée sur la vie des sens, sur celle de l'imagination, du raisonnement, de la haute intelligence de l'âme. De là ces époques historiques plus ou moins distinctes, caractérisées par des nuances diverses, malgré les rapports naturels qui, au travers des temps, existent entre les phases principales du développement de l'humanité sur les divers théâtres de son action.

Les changements qui se sont opérés dans la *forme* du droit n'ont jamais pu altérer son *essence*. Toujours idéalement le même dans ses principes absolus, et toujours variable, suivant la différence des siècles, suivant les formes multiples et changeantes de la sociabilité, le droit a traversé diverses phases. Chez chaque nation et à chaque époque de l'histoire, on le voit suivre le mouvement intellectuel et subir l'influence des grands événements contemporains, des circonstances politiques, économiques ou judiciaires dans lesquelles le législateur se trouvait placé. La position géographique et climatérique de chaque pays, les croyances religieuses, l'état des mœurs, le degré de civilisation, c'est-à-dire le langage et les besoins de ses habitants, sont des éléments qui agissent puissamment sur le développement extérieur du droit. Influencé par les idées dominantes, par l'esprit de l'époque, le droit positif en reflète l'image dans les institutions sociales ; aussi a-t-il pris, suivant le temps, une physionomie particulière sur laquelle le droit naturel de l'humanité, le droit absolu et idéal, s'est trouvé plus ou moins distinctement représenté ou défiguré.

Dans le long cours des siècles, que d'essais en tout genre ! que de transformations multiples ! que d'efforts pour vaincre des résistances de toute nature !..... En regardant attentivement cet océan de législations diverses, on y voit cependant surnager quelques principes appliqués tantôt avec prudence, tantôt trop légèrement, quelquefois violés au milieu de circonstances terribles ; mais reconquis bientôt avec fermeté et relevés avec enthousiasme, parce qu'ils sont considérés comme la sauvegarde des intérêts de chacun et de tous. Les contrastes, les variations des législations positives, n'ébranlent pas notre croyance à l'existence

Digitized by Google

d'un droit naturel primordial et immuable. Rappelons à ce sujet les judicieuses réflexions présentées par M. Troplong dans la préface de son ouvrage sur le prêt à intérêt : « Notre foi (a l'existence d'un droit naturel) est profonde ; nous la croyons surtout « intelligente quand, distinguant ce que les empyriques affectent « de confondre, elle ne fait pas remonter jusqu'à l'éternelle morale la responsabilité des variations qui affectent le droit positif. Malgré une réflexion chagrine et trop souvent répétée de « Pascal, faut-il donc s'étonner que les lois des nations ne soient « pas uniformes, alors qu'on ne s'émerveille pas de la variété « des climats, des races, des langues et des besoins ? Ce n'est pas « la vérité qui change quand les lois cessent d'être les mêmes « d'une région à l'autre, c'est le degré de civilisation ; ce sont « les circonstances de temps, de lieu, de développement matériel « et moral qui placent l'homme dans des milieux différents, et « enlèvent à sa condition le privilége de l'uniformité. Mais, au-« dessus de ce mélange de législations contraires, il y a un droit « inaltérable qui préside à leur perfectionnement : de même « qu'au-dessus de tant de peuples qui attestent la féconde et inépuisable variété de la nature, il y a la providence d'un Dieu « unique qui les conduit. » Les sociétés portent en elles des éléments d'ordre et de progrès ; mais elles contiennent aussi des germes de destruction et de décadence. La plupart des Etats qui n'ont plus qu'une existence historique ont succombé parce que dans leurs actes, dans leurs institutions, ils avaient violé les lois fondamentales de toute société, parce qu'ils avaient méconnu la dignité de l'espèce humaine. Ils ont péri sous le poids de la corruption, des ambitions, des préjugés, de l'ignorance, de la perfidie ou de la cruauté. C'est presque toujours un vice qui a causé la chute des États, ou, pour mieux dire, qui a entraîné leur métamorphose.

Un moment éclipsé, l'empire du droit pur a bientôt repris un nouvel éclat. Aussi peut-on dire que la science du droit a suivi la pente providentielle qui semble entraîner le genre humain vers une indéfinissable perfection. Plus nos lumières s'accroissent, plus le cercle de notre liberté d'action se trace nettement, et plus aussi nous sommes excités à devenir meilleurs. Cette vérité est depuis longtemps acquise à l'esprit humain, et les plus habiles sophistes feront de vains efforts pour la détruire. Tous les événements de l'histoire du monde concourent à sa justification. Elle

Digitized by Google

promet de devenir toujours plus féconde en bons résultats [1].

Le genre humain n'est cependant que graduellement initié à la nature de son être, aux conditions de son existence sociale. Telle paraît être sa vocation. Qu'on étudie le cours des temps, depuis les époques les plus reculées jusqu'à nos jours, on verra l'humanité saisir, en proportion de son développement, des idées moins imparfaites sur ses droits naturels, et modifier alors le droit positif d'après les nouvelles révélations qu'elle reçoit sur la nature humaine. Aussi, toutes les dispositions du droit positif qui n'ont pas pour fondement la nature de l'homme revêtent-elles un incontestable caractère d'instabilité et d'incertitude. Le droit naturel seul demeure invariable, absolu comme l'idée dont il émane. Il devient plus évident, plus facile à constater à mesure que nous comprenons avec plus d'exactitude la nature de notre être et la véritable destination de l'humanité. Dans l'œuvre successive de la civilisation humaine, chaque époque se distingue par un mode propre de développement et d'action. De faux préjugés, des actes arbitraires, des mœurs difficiles à purifier, la prudence surannée d'un autre temps, viennent malheureusement trop souvent apporter des entraves à des progrès justement attendus. Mais en dépit de tous les égoïsmes, en dépit des aveuglements les plus enracinés, l'humanité marche, *Dieu la mène* [2].

L'évolution ascendante du droit devient surtout évidente, quand on pense à la supériorité de la notion de l'égalité humaine, telle que le christianisme l'a proclamée sur celle qu'en avait l'antiquité païenne [3]. Le principe de la fraternité humaine est en effet le fondement de la seule espèce d'égalité qui doive exister réellement entre tous les hommes. De cette fraternité dérivent naturellement les droits et les devoirs qui sont les mêmes pour tous. De là aussi l'égalité pour tous devant la loi [4]. Je dis devant la loi ;

[1] Si la société n'est pas plus morale, au moins est-il constant qu'elle s'adoucit et s'humanise toujours davantage. Dans toutes les contrées la civilisation augmente et loin de confirmer la doctrine de l'âge d'or, et celle de la prétendue dégénérescence humaine, elle leur donne un éclatant démenti.

[2] Saisissante image présentée par Fénelon et reproduite par un illustre contemporain (M. Guizot).

[3] Voyez les explications qui ont été données à ce sujet dans l'*Encyclopédie nouvelle*, V° *Egalité*.

[4] L'égalité bien conçue peut se concilier avec différentes formes de gouvernement, même avec la monarchie. C'est ce que démontre M. le président

Digitized by Google

car *l'égalité absolue* ne peut *de fait* exister dans aucune société, pas même dans la démocratie pure. Elle n'est point dans la nature, souvent elle serait une criante iniquité. Il n'existe peut-être pas dans l'univers entier deux choses parfaitement égales ou semblables. Dans toute société il y a une variété presque infinie de besoins à combler, de travaux à accomplir, de fonctions à exercer. La Providence a pourvu à cet état de choses. Les hommes naissent avec des dispositions, des penchants, des aptitudes et un caractère différents ; mais ils ont aussi des facultés dirigées vers un même but ; liens d'union et de rapprochement conformes à la nature sociable de l'humanité.

Notre époque s'occupe à tirer du principe de la fraternité humaine les conséquences les plus justes, les plus élevées, pour l'élaboration de la société moderne. Sans contredit, ce travail est des plus louables dans son but, mais avouons qu'il est extrêmement délicat à remplir. Chaque chose a des limites qu'il serait imprudent d'outre-passer. L'état d'agitation fiévreuse qui récemment a, plus que jamais peut-être, inquiété les gouvernements comme les individus, est aujourd'hui calmé, disparaîtra entièrement lorsqu'on sera parvenu à répandre dans toutes les classes sociales des lumières vraies, à présenter pour toutes les intelligences de précieux enseignements, pour toutes les forces et pour toutes les volontés de bonnes directions morales. Imposante mission de l'œuvre publique qui sortira glorieuse du jeu des lois et des mœurs, toutes les fois qu'elle fera une application opportune et mesurée des principes les plus lumineux de justice et de moralité. En ce moment cette mission s'accomplit en France. En veut-on un exemple ? N'avons-nous pas vu au milieu du désordre

Troplong dans un passage de son admirable rapport présenté au sénat le 6 novembre 1852. « A Rome et à Athènes, dit-il, l'égalité consistait à rendre « chaque citoyen admissible à l'autorité suprême. C'est pourquoi l'on crut « l'égalité perdue quand Auguste eut converti la république en monarchie. « En France, nous l'avons crue sauvée et consacrée à jamais, sour le règne « de l'empereur. C'est que dans ce pays d'égalité, il n'y a rien qu'on sup- « porte moins que le gouvernement des égaux ; c'est que l'égalité y est plei- « nement satisfaite de tenir tout dans ses mains, emplois, crédit, richesses, « renommée, et d'avoir une large et libre voie pour arriver à tout, si ce n'est « à ce point extrême du pouvoir, à ce sommet inaccessible, que le soin du « repos public a fait mettre au-dessus des compétitions privées. Par là, la dé- « mocratie se concilie à merveille avec la monarchie, et cette union est « d'autant plus solide, que la raison se joint aux mœurs pour la cimenter. »

Digitized by Google

des idées, de la lutte des principes, de l'incertitude des croyances politiques qui, il y a bien peu de temps, semblaient dominer une grande nation, n'avons-nous pas vu, dis-je, la vérité morale reprendre son empire ? Une puissance éminente, invariable, incontestée, éternelle, la puissance du bien et du juste ne plane-t-elle pas de nouveau au milieu de nous dans tous les rangs de la société ?

Pour ne pas fausser l'organisation des sociétés, il faut bien se pénétrer de la noble destinée réservée à l'homme. Interrogeons la vie sociale dans le présent et dans le passé, nous verrons les sages des temps anciens et modernes poursuivre, à travers les formes qui passent, la loi suprême qui ne change pas. L'histoire générale rappelle un grand nombre d'institutions diverses qui furent créées pour fixer dans les sociétés l'ordre, la paix, la vertu, la science, le bonheur. Mécontente d'imparfaites tentatives, l'humanité est encore à appeler de nouvelles réformes, de nouveaux progrès. Elle ne se contente pas de vérités méthaphysiques ; elle veut que la science abstraite s'humanise et aboutisse à des vérités pratiques. Cependant, quand même, ce que je crois, les sociétés ne devraient jamais atteindre la perfection idéale du bien absolu, ce serait agir avec le plus inconcevable aveuglement, que de ne pas se proposer cette perfection pour modèle. Le développement de la liberté humaine présente sur la scène du monde un spectacle imposant et instructif tout à la fois. Les événements divers qui concourent à former l'histoire du droit, s'y produisent avec leur génération et leur enchaînement. On y remarque un mélange hétérogène de juste et d'injuste, d'idées morales ou arbitraires ; mais néanmoins toutes les institutions sociales ou politiques qui ont de la légitimité et de la durée, se rattachent à des principes généralement avoués par la conscience, et sanctionnés par la raison.

Au-dessus du redoutable pouvoir des institutions politiques et sociales, qui influent si puissamment sur la destinée des individus aussi bien que sur celle des nations, n'est-il pas rassurant de découvrir les principes qui semblent providentiellement évoqués pour en régler les tendances et pour donner l'impulsion à leur mécanisme ? Ces principes traversent différentes phases ; ils subissent l'action des mauvais penchants de notre nature qui souvent parviennent à rompre les liens destinés à unir, à coordonner nos diverses facultés; car les hommes sont sujets à l'erreur,

Digitized by Google

et l'on voit trop souvent leur passion et leur inclination à l'égoïsme prendre sur eux plus d'empire que la force métaphysique et psychologique inhérente à la vérité, au bien en soi. Aussi, dans son application, l'idée du droit se trouve-t-elle fréquemment faussée. Les révolutions politiques, les luttes et les agitations des partis affaiblissent dans bien des esprits la plupart des idées de justice et de moralité ; elles suspendent par là le cours des principes qui doivent dominer toute organisation sociale, sans cependant que rien puisse arrêter complétement la marche de ces principes. La volonté providentielle leur fait dans peu de temps reprendre un bienfaisant empire ; alors l'anarchie cède la place à l'ordre, la paix à la guerre, l'agitation des partis se calme devant l'action puissante du droit. Effet salutaire de l'idée féconde du bien en soi ; idée toujours vivante au sein de l'homme comme ces feux souterrains qui ne sauraient s'éteindre! Réveillée dans les âmes, elle multiplie les pensées généreuses, élève les cœurs, moralise les masses, et donne véritablement à une nation de la dignité et de la grandeur.

A son état philosophique le droit apparaît comme une abstraction spéculative ; historiquement parlant, il est aussi dramatique que la vie de l'homme et des sociétés. L'histoire fournit de nombreux matériaux pour édifier la science du droit ; mais la pleine intelligence, la saine appréciation de toute disposition législative ne peut résulter que de l'entière connaissance de son origine, de sa filitation, c'est-à-dire de l'état légal et jurisprudentiel antérieurement existant et de ce qu'on a voulu faire pour le changer, le modifier ou le régulariser. Aussi est-ce une tâche immense que le choix entre les diverses dispositions des législations écrites ou coutumières, tant anciennes que modernes. La science du droit ne consiste pas simplement dans l'étude de ce qui a été ; elle embrasse surtout l'appréciation des principes importants de justice universelle, à la réalisation desquels on ne saurait trop s'appliquer. « En tout état de choses, le devoir *des « hommes du droit* est de répandre la vérité *devant les hommes « d'abus*, dussent les hommes d'abus en fouler sous leurs pieds « la semence [1]. » Travaillons à l'amélioration de l'ordre social; subordonnons la félicité aux lumières et ne séparons jamais les lumières de la vertu. C'est avec de pareilles garanties qu'il

[1] Cormenin, *Livre des Orateurs*, étude sur Garnier-Pagès.

Digitized by Google

convient d'entreprendre la réforme du droit positif qui doit pour ainsi dire représenter l'image de la sagesse sociale, embrassant à la fois le bien personnel, le bien d'autrui et le bien public, non pas uniquement d'après les principes et les besoins des temps nouveaux, mais encore et surtout dans la mesure de leur conformité à la nature des hommes et des choses à ce qui est bien en soi.

Des doctrines fort dissidentes se sont élevées au sujet de la source du droit, de sa nature intime. L'idéalisme [1], le sensualisme, le matérialisme et le rationalisme ; les systèmes instinctifs, égoïstes, utilitaires, sentimentalistes, etc, etc., en résumé toutes les diverses sectes et écoles philosophiques ont chacune, suivant leurs vues et leurs tendances particulières, indiqué, non pas seulement l'origine du droit, mais encore sa théorie. Dans la plupart de ces doctrines différentes, ce que l'on remarque surtout, c'est l'observation incomplète de la nature humaine et des mobiles variés qui la font agir. Mais je dois m'arrêter à cette simple remarque ; il n'appartient pas à ma modeste plume de discuter longuement sur un pareil sujet. Mon intention n'est point d'entreprendre la réfutation de tous les systèmes de philosophie qui méconnaissent la nature intime du droit, et font à l'humanité une position inacceptable [2].

Suivant les croyances des partisans d'une doctrine assez récente, la charité, la philanthropie sont les uniques sources dont il faut faire découler le Droit. Cette opinion n'est pas complétement admissible. La charité, la philantropie illimitées encourageraient la paresse, récompenseraient l'oisiveté, compromettraient l'Etat tout entier par une excessive indulgence et même par faiblesse. Elles ne peuvent donc pas être les seules et uniques sources du droit ; elles doivent, sans aucun doute, apparaître dans les règlements sociaux, mais sous la subordination des idées de justice et d'ordre général [3]. Les diverses causes qui influent

[1] L'école idéaliste, représentée en Allemagne par Hegel et ses disciples, proclame la souveraineté de l'Idée dans le domaine des lois, comme dans les autres sphères de l'intelligence.

[2] Un auteur contemporain, M. Schutzenberger, (dans ses *Études du droit public*) a savamment fait ressortir les erreurs de ces divers systèmes et même leurs dangereux enseignements.

[3] C'est dans ce sens que M. de Lamartine (*Voyage en Orient*, résumé politique) a dit, « que les plus pressantes questions (sociales) peuvent se ré« soudre par la raison, la politique et la charité sociale. »

Digitized by Google

sur le développement physique, intellectuel et moral des nations, agissent aussi sur les opinions que les sociétés humaines se forment de leurs rapports et de leurs devoirs. Chaque degré de civilisation porte à la fois l'empreinte : 1° des idées absolues à la connaissance desquelles l'homme est arrivé par la voie transcendante de la réflexion ; 2° de l'élément traditionnel transmis successivement à l'humanité par l'éducation et par l'enseignement. Ce sont là autant de données sociales. Aucune génération ne doit tenter de s'isoler des tombeaux qui sont derrière elle, et des berceaux qui contiennent les espérances de l'avenir. Certes, on ne peut que déplorer les mouvements scientifiques où l'érudition marche sans guide, et n'a rien de cet idéal qui ne devrait jamais abandonner la pensée, chaque fois qu'elle touche à ces grandes questions qui intéressent tout l'avenir des sociétés. Gardons-nous cependant de préconiser les irruptions soudaines et violentes. Les systèmes, comme les institutions qui sortent d'un de ces mouvements subits et effrénés, vivent rarement longtemps ; car, en se précipitant inconsidérément vers le contraire de ce qui se trouvait établi, il est probable que l'on tournera le dos à certains éléments de vérité pour arriver à un résultat qui en contient moins encore. Ne l'oublions pas, le progrès s'opère généralement avec lenteur ; aussi, un bon gouvernement, un gouvernement protecteur de tous, doit-il surtout empêcher, par les mesures jugées les plus efficaces, que les grandes commotions politiques se reproduisent ; sa mission est d'employer la prudence et le courage à préserver les peuples du mal et à les conduire au bien par la voie d'un progrès lent, mais d'autant plus fécond qu'il se sera accompli au sein du calme et de la sécurité.

Vivement préoccupés de la considération que, le passé traditionnel n'explique pas seulement la situation du présent, mais contient aussi le germe de l'avenir, des jurisconsultes et des publicistes célèbres sont venus à ne reconnaître à la science du droit, qu'une base historique ou formelle. Se tenant en dehors des idées et des systèmes philosophiques, leurs travaux ont eu pour but d'enlever le droit à l'idéal et de le renfermer dans cette vie spontanée et naturelle dont l'école historique allemande a prétendu faire la règle des peuples et des Etats. Mais l'idée reste debout avec toute sa puissance à côté de la coutume ainsi glorifiée. Aussi, l'école philosophique a-t-elle persisté à donner à la science du droit un fondement métaphysique. Dans les deux camps op-

Digitized by Google

posés, de part et d'autre se distinguent de zélés champions. En constatant l'objectivité du droit naturel, j'aurai l'occasion de me prononcer avec quelques développements sur les doctrines des deux écoles divergentes : l'école philosophique et l'école historique. Je me bornerai pour le moment à une simple remarque. La méthode philosophique et la méthode historique envisagent la science du droit sous deux points de vue différents; ces deux méthodes sont trop exclusives. Le droit possède, quoi qu'on puisse dire, un *fondement philosophique ou subjectif*, *une base matérielle ou objective*, *enfin une base historique ou formelle* [1]. Toutes les institutions civiles et politiques sont autant de monuments qui sanctionnent des besoins sociaux (soit moraux, soit intellectuels, soit physiques) et qui présentent, à l'effet d'y satisfaire, des moyens plus ou moins justes. Ces besoins sociaux sont inséparables de la nature humaine, et ils dérivent de la nature des choses divinement préétablie. On les trouve partout et toujours avec des circonstances propres à les faire naître. Adoptés pour étayer la base matérielle du droit, ces signes changent d'un peuple à l'autre; ils dépendent du plus ou moins d'exactitude avec laquelle les peuples, aux différentes époques de leur existence, comprennent et confirment les droits et les devoirs sociaux. De longues séries de siècles s'écouleront probablement encore avant que tous les peuples du monde soient parvenus à reproduire fidèlement dans leurs institutions les principes juridiques dont le droit absolu contient les idées modèles, le type vivifiant; mais ce type existe incontestablement dans la pensée, dans l'âme humaine, c'est là que se trouve le fondement philosophique du droit.

[1] *Science*, *législation positive*, *jurisprudence ou politique*, sont trois termes qui résument dans leur ensemble la triple sphère du droit. La première correspond à l'idée de philosophie, la seconde à l'idée d'histoire, car toute législation n'est autre chose qu'un fait historique, enfin la troisième prend sa base dans l'activité. Y a-t-il recherche et démonstration de vérité première? C'est la science; corps de préceptes et de conseils pour l'application? C'est l'art; application active des résultats de la science et de l'art combinés? C'est la pratique. Cette distinction, en trois aperçus divers, se rencontre dans tout ordre quelconque des connaissances humaines. Réunissez ces trois aperçus, vous saisirez la généralité du droit dans sa vaste étendue; elle vous présentera un ensemble puissant et des données progressives.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

Idée du droit naturel. — Existence objective de ce droit. — Le droit naturel forme l'objet d'une science spéciale. — Objet et but de cette science. — Convient-il, pour éviter toute équivoque, d'en réformer la dénomination ? 9

Quand on a suffisamment médité sur l'essence constitutive du droit, quand on a approfondi sa nature intime, étudié les causes de sa génération et de sa consécration à travers les âges, il est impossible de rejeter l'idée du droit naturel. Notre esprit est frappé de la conception de certaines pensées qui inspirent à l'humanité des motifs concluants pour régler sa conduite en ce monde. Ne refusons pas de croire aux idées de justice qui naissent en nous, et se présentent à nos âmes comme de sublimes révélations. A mesure que nous avançons dans l'étude des diverses institutions humaines produites jusqu'à nos jours, notre conscience s'éclaire et notre raison s'élève : soit que nous pénétrions dans les moindres détails de la vie sociale, soit que nous réfléchissions à ses plus grands événements, partout nous rencontrons une vérité à reconnaître, des idées de justice à faire passer dans les réalités. C'est là ce droit naturel au triomphe duquel les philosophes, et généralement tous les peuples, n'ont pas cessé et ne peuvent cesser d'aspirer, car l'essence et les véritables titres du droit prennent leur source dans la nature impérissable des nobles facultés de notre âme, dans les rapports qui lient les hommes entre eux et les choses aux personnes.

Les partisans de l'école historique ne reconnaissent pas l'existence objective du droit naturel. Ils n'admettent que la base historique du droit. C'est là, ainsi que nous l'avons fait remarquer à la fin du chapitre précédent, tomber dans une grave erreur. Sans doute, un principe de justice, applicable à la conduite des hommes en société, ne devient pas principe de droit par sa seule émission ; il faut encore qu'il soit reconnu. Sous ce dernier point de vue, la notion du droit naturel semble se confondre avec celle du droit positif, mais elle s'en distingue et se rétablit séparément par la constatation de certains principes de justice humaine (espèce d'échos de la volonté divine) dont l'existence et la légitimité apparaissent avec une force de vérité telle, qu'ils finissent par remporter l'assentiment général.

Les doctrines des écoles et les productions juridiques des législateurs anciens et modernes, ne sont pas toujours puisées à la

Digitized by Google

source même du droit absolu. Bien souvent elles renferment des vues erronées ; on y rencontre même quelquefois des suppositions plus que hasardées, des préjugés contre nature. Est-ce à dire pour cela que l'humanité n'est pas à même de se garantir de ses aberrations, de ses écarts, de ses injustices ? Non certainement. Pour s'en préserver, elle a, indépendamment des révélations divines, la voix régulatrice de la conscience, les exigences de la saine raison, toutes les sublimes inspirations des facultés de l'âme. C'est à leur garde que l'idée de la justice a été providentiellement confiée. C'est avec leur contrôle qu'elles doivent se produire extérieurement. La civilisation s'élabore et se modifie sans cesse, elle suit le progrès des temps. Nous voyons ainsi s'amasser pour les peuples, comme pour les individus, un trésor de notions sur le juste et le vrai, trésor que la tradition rend d'âge en âge plus riche et plus varié. Ce fait est incontestable ; aussi, certains auteurs érigent-ils l'humanité civilisée *en juge* souverain de la justice et de la vérité de tout ce qui se donne pour principe, ou pour institution de droit naturel. Et en effet, le droit ne serait qu'une œuvre de la spéculation philosophique, s'il ne prenait point sa forme dans la reconnaissance par une société constituée, ou dans l'assentiment universel. Hâtons-nous cependant de le faire remarquer, la commune approbation des peuples n'est point le caractère capital du droit naturel ; il en est l'élément *formel* et *accessoire*. Encore, envisagé de la sorte, cet accord a-t-il besoin d'être restreint. A l'approbation générale, au *consensus gentium* des jurisconsultes romains, il convient de substituer l'assentiment épuré des peuples civilisés.

Le droit naturel n'est pas une simple théorie, il possède une force vitale et plastique. Suivons le cours de la formation réfléchie des règles du droit ; nous verrons une idée juridique poindre dans la méditation silencieuse du penseur isolé, puis, par une sorte de contagion idéale, augmenter le nombre de ses partisans, obtenir par degrés l'assentiment de tous les bons esprits, se convertir en disposition de loi, et après s'être communiquée d'une législation à une autre, devenir un élément du droit universel. Voulons-nous parcourir successivement la formation spontanée et pour ainsi dire irréfléchie du droit ? Nous arriverons au but atteint précédemment tout en ayant pris un autre point de départ ; car toutes les institutions sociales nées des instincts, des sentiments et des idées simples, s'accroissent, se multiplient

Digitized by Google

pour ainsi dire par familles, et ne cessent pas de progresser, de s'améliorer, jusqu'à ce que leur ensemble réponde à la plénitude des idées juridiques dont le génie fécond des nations a la vocation de développer le germe [1].

« Sans le droit, pour nous servir des expressions d'un célèbre « philosophe contemporain (M. Royer-Collard), il n'y a rien sur « la terre qu'une vie sans dignité et une mort sans espérance. » La nature de notre être a été divinement préétablie. Ce serait calomnier Dieu même que de nier pour l'humanité la possibilité de comprendre sa vocation ; de tracer d'après la nature des choses et celle de l'homme en particulier, les justes restrictions que nous devons apporter à l'exercice de notre liberté extérieure, afin que chaque société, chaque membre de l'espèce humaine puisse agir et se mouvoir dans un égal orbite de liberté. Admettons donc l'existence du droit naturel ; « contre un pareil « droit, disait énergiquement Bossuet, il n'y a point de droit. » C'est un ensemble de vérités absolues et éternelles, malheureusement méconnues, mais que la force naturelle des choses, la marche progressive de la civilisation, font graduellement accepter et appliquer aux besoins des sociétés humaines. Entrant dans cet ordre d'idées, Baroli, professeur de philosophie à l'université de

[1] « L'humanité renferme en soi des forces vives qui se développent d'elles-« mêmes par une sorte de mouvement interne. De là une vie naturelle ou « spontanée dont l'histoire de tous les peuples nous offre plus ou moins de « types. Cette vie indépendante de toute règle et de tout idéal, se manifeste « dans la langue, dans la religion, dans le gouvernement ; dans la sphère du « droit, où elle agit, comme dans les autres sphères de la société, elle con-« stitue ce qu'on nomme la coutume, cette expression nationale et populaire « des rapports juridiques fondés par le temps. Voilà comment la coutume « est légitime à quelque degré ; c'est de cette source qu'elle tire son pouvoir ; « elle n'a pas d'autre titre à nos respects. — Mais, quelle que soit l'estime qu'on « veuille lui accorder, il reste toujours cette question à résoudre : la cou-« tume fournit-elle à chaque membre de la famille ou de l'État, les condi-« tions de vie ou de développement qui leur sont nécessaires? S'il en est « ainsi, elle peut être maintenue. Importe-t-il davantage dans ce cas, qu'elle « soit fixée dans la lettre d'un code, ou qu'elle se perpétue d'elle-même dans « la *conscience de la nation*, suivant le langage de l'école historique? Ce « n'est plus là qu'une question d'art et de conservation. Dans le cas con-« traire, la coutume, à quelques théories qu'on la mêle, ne mérite plus les « mêmes égards. Elle a pu naître spontanément, comme on dit au delà du « Rhin ; c'est un fruit naturel de l'humanité, comme on dit encore. Mais ce « fruit est mauvais : il faut le faire disparaître. Le temps n'a pas la puissance « de consacrer ce que réprouve le vrai droit humain. » (Pascal Duprat.)

Digitized by Google

Pavie, définit le droit naturel, en tant que science : « l'exposé « des lois primitives de l'intelligence humaine, appliquées par la « raison à l'activité pratique. » Les principes de justice, de bien en soi, que les facultés de notre âme nous désignent comme propres à maintenir extérieurement la liberté humaine dans son exercice légitime, sont antérieurs à l'établissement des lois humaines ; on peut les comparer à ces principes préexistants que Platon désigne sous le nom d'αναμνησις ; effectivement les idées sur lesquelles ces principes reposent et qui sont fondamentales de la science du droit, sont naturelles et primitives. Elles ont pour ainsi dire leur germe dans les entrailles du genre humain, dans le sentiment du juste et du bon qui semble quelquefois prêt à périr, mais que la volonté providentielle ne laisse pas mourir au sein de la grande famille humaine. Ces notions primordiales du droit, l'histoire peut les constater par ses recherches; le vrai philosophe ne manquera pas de les trouver au terme de ses méditations; car elles planent sur le passé aussi bien que sur l'avenir des sociétés d'ici-bas [1].

Tel que je le conçois, le droit naturel n'est donc pas ce *jus naturale* que le jurisconsulte Ulpien définissait : *jus quod natura omnia animalia docuit*. Peut-être aussi Ulpien en sa définition qui a tourmenté les commentateurs, dit-il, *jus naturale* dans le même sens que Cicéron avait écrit *vis naturæ* et Sénèque *lex naturæ*. Cette définition, concourant à la distinction de trois éléments dans le *jus privatum*, fut recueillie par les rédacteurs des Pandectes et des Instituts de Justinien [2]. Elle ne tendait à rien moins qu'à faire penser que les divers animaux, *quæ in cœlo quæ in terra, quæ in mari nascuntur*, ne sont pas simplement soumis à des *lois de leur nature* (*quod jussum est a natura*); qu'à l'instar de la race humaine, ils ont une conscience morale, et peuvent reconnaître en eux des *droits* et des *devoirs*. Aussi la difficulté de justifier complétement la définition donnée par les lois romaines n'avait-elle pas manqué de frapper l'esprit de Cujas. On lit dans les commentaires de ce savant jurisconsulte : *Jus in bruta non cadit, nam nec injuria cadit, denique ut rationis*

[1] Le droit, comme la justice, a existé avant l'État, de même que les rayons ont été égaux avant qu'on eût tracé le cercle. (Eschbach, *Cours d'introduction générale à l'étude du droit*.)

[2] Voy. l. I, § 3, Dig. *de Just. et Jure* (l. 1.) pr. *Inst. de Jure nat. gent. et civ.* (l. 2.)

Digitized by Google

sint expertia et quæ faciunt, incitatione naturali faciunt... ea si homines faciunt jure naturali faciunt. L'homme peut faire tout ce que les lois prohibent, les animaux, au contraire, ne peuvent faire que ce que la nature leur permet ; ils ne se donnent pas des lois comme l'homme, ils le recoivent de la nature. Admettons que Dieu ait imposé au genre humain, certaines loi qui exercent aussi leur empire sur les autres êtres animés (par exemple l'amour de soi, le désir de sa propre conservation, l'attrait des sexes l'un vers l'autre, etc., etc.) ; toujours sera-t-il nécessaire d'établir une distinction bien tranchée entre les divers éléments générateurs de ces lois parmi les différentes espèces d'êtres de la création. Sans aucun doute, il nous est impossible de connaître les facultés invisibles des animaux comme nous connaissons les nôtres ; personne ne peut établir une comparaison directe entre les principes immatériels qui animent l'homme et ceux qui dirigent les autres êtres de la création. Mais tout en nous trouvant réduits à juger par les résultats, par les développements de la vie des êtres, nous n'arrivons pas moins à conclure que notre nature est essentiellement supérieure à celle des animaux, qu'elle possède des caractères tout à fait particuliers. Nous sommes portés à croire que les animaux, renfermant leurs pensées dans les limites de ce globe, perçoivent les sensations, les idées, sans pouvoir les analyser, sans être à même d'en chercher les causes génératrices, de remonter au principe de leur existence [1].

[1] Voyez à ce sujet Leroy : *Lettres philosophiques sur l'Intelligence des animaux.*

Les animaux, a dit J. J. Rousseau, (*lettres à d'Alambert sur le Spectacle*) ont un cœur et des passions ; mais la sainte image de l'honnêteté et du beau n'entra jamais que dans le cœur de l'homme.

M. Descuret, dans son ouvrage sur la médecine des passions (Ire partie, chap. XII.) a pris soin de montrer combien l'homme ressemble aux animaux et combien il en diffère. « Je suis porté à croire, dit-il (p. 301, 2e édit.), qu'il « existe dans les animaux *une ombre d'intelligence en rapport avec leurs « besoins, tous essentiellement terrestres.* Maintenant ce qui établit la prééminence intellectuelle de l'homme sur la brute, c'est que l'homme, ce favori de la création, possède seul *une âme faite pour commander à ses organes ;* c'est qu'il a reçu une *capacité d'intelligence* qui lui permet de « rapprocher ses idées, de les comparer entre elles, et d'en tirer des conséquences qui, elles-mêmes, peuvent servir de base à d'autres raisonnements « capables de l'élever jusqu'à son divin auteur ; c'est que seul il peut transmettre sa pensée, rendue en diverses langues par la parole, ou exprimée « par des signes de convention ; c'est que ses besoins ne sont pas bornés à des

Digitized by Google

Moralité, raison supérieure à l'instinct animal, conscience, idées du beau et de l'infini, tels sont les traits qui caractérisent *essentiellement* l'espèce humaine; tels sont les priviléges, les apanages que seule elle possède ici-bas. Ce sont autant de rayons de lumière qui partent de Dieu et dardent providentiellement sur l'homme; autant d'astres brillants qui se lèvent pour nous aux confins du monde visible et du monde invisible. On en rencontre des reflets plus ou moins vifs à toutes les époques de l'histoire de l'humanité, dans chaque nation, dans chaque individu. Cette nature spéciale annonce au genre humain une haute vocation et lui inspire les moyens de l'accomplir en ce monde [1].

Nous avons déjà discuté plusieurs preuves de l'existence objective du droit naturel. Sainement compris, ce droit est appelé à réunir l'approbation unanime; car il garantit les *intérêts* généraux de l'humanité entière, en introduisant l'équilibre et l'harmonie entre les divers éléments sociaux. Son empire découle non de l'éducation, des usages, des lois ou des conventions humaines, mais des éléments mêmes de notre être. Aussi le droit naturel a-t-il exercé un profond ascendant sur les législateurs les plus tyranniques, sur les gouvernements les plus oppresseurs. Comprenant que le droit du plus fort est un non-sens, que dans l'obligation uniquement imposée par la supériorité du fort sur le faible, il n'y a pas le moindre mobile moral, tous les chefs des États ont aimé à donner à leurs actes et à leurs décisions au moins une apparence d'équité et de bonne justice.

Par une influence constante, par une action invincible, pro-

« satisfactions corporelles et terrestres, mais que ses désirs, inquiets et insa-
« tiables, se portent encore au delà de la tombe, où il prévoit une récom-
« pense pour ses bonnes actions, un châtiment pour ses mauvaises; c'est
« qu'enfin, placé entre ces deux alternatives d'espoir et de crainte, il peut
« juger sainement du bien et du mal moral, et par la décision de son libre
« arbitre, déterminer le mérite ou le démérite de ses actes. »

[1] « Porter en soi le sentiment inné de la vérité et de la justice, le besoin d'en
« rapprocher nos pensées et nos actions, le pouvoir de les comparer et la li-
« berté de choisir, c'est la marque visible et la démonstration éclatante non
« plus d'un organisme différent, mais d'une nature supérieure; c'est l'attribut
« distinctif qui révèle une créature à part, un être de prédilection et lui as-
« signe en ce monde une mission pleine de dignité, présage infaillible d'une
« destinée plus haute et d'un immortel avenir. »

(Extrait du discours de rentrée prononcé par M. Hébert, alors procureur général à la cour de Paris, à l'audience du 4 novembre 1844.)

Digitized by Google

portionnée aux développements progressifs de l'humanité, les sages enseignements du droit naturel ont détruit successivement bien des préjugés, dévoilé bien des erreurs. Ils n'ont point attaqué les formes des gouvernements ; qu'importe le moyen? pourvu que le but soit atteint, pourvu que la justice règne partout et pour tous. Mais le despotisme et l'anarchie, ces plaies de l'humanité, ils les ont énergiquement flétries. Noble et généreuse mission de la science du droit naturel ! Aussi cette science n'est-elle rejetée ou méprisée que par les apologistes aveugles des plus désolantes opinions, par ces prétendus esprits forts qui, méconnaissant notre nature et notre véritable destinée, ont été jusqu'à soutenir systématiquement qu'il n'y a et qu'il ne peut y avoir pour l'homme aucune obligation morale [1].

C'est une étrange erreur que de considérer la science du droit naturel comme le résultat de rêveries métaphysiques. Eh quoi ! vous ne craignez pas de déclarer qu'il n'y a pas de droit hors de l'État, pas de droit sans pouvoirs gouvernementaux qui établissent les lois et les sanctionnent ! Songez-y donc ! Prétendre qu'il n'y a de droit que celui qui est établi par les lois positives, par les institutions gouvernementales, c'est légitimer toutes les législations, celles qui sont les plus cruelles, les plus arbitraires, les plus injustes ; c'est s'obstiner à matérialiser l'espèce humaine en dédain de son âme et de son génie. Y a-t-il une plus dangereuse doctrine ? Certes non. Mais je vais plus loin encore et j'ajoute : la doctrine qui n'admet que le droit positif n'est pas seulement dangereuse, elle est complétement fausse. Et je le prouve. Le juste existe *en soi* et la volonté générale elle-même ne saurait le modifier. Ce qu'elle modifie, c'est la formule par laquelle se manifestent les notions du juste et de l'injuste, formule variable suivant les temps, les mœurs, etc., etc.... La forme du droit et sa nature intime, en d'autres termes, la sanction coërcitive extérieure du droit et sa consécration morale, sont deux choses très-distinctes. Je crois et je suis autorisé à croire que l'humanité a en ce monde une vocation morale. Pour accomplir cette vocation, elle a une route à suivre, des règles à s'imposer.

[1] Telle est la conséquence immédiate et implicitement nécessaire du scepticisme, du panthéisme, du mysticisme, ainsi que de tous les autres systèmes qui nient la libre activité humaine là où elle se trouve et qui l'admettent là où elle n'est pas.

Digitized by Google

Sous ce point de vue, les principes de justice qui ont leur germe dans notre âme, qui sont les bases philosophiques du droit, seraient obligatoires pour l'espèce humaine, lors même qu'il ne se serait pas constitué d'États, avec le pouvoir de donner au droit une forme positive et d'en surveiller l'exécution. Dans les institutions sociales des peuples, en matière politique plus encore qu'en matière civile, les principes qui tiennent au droit naturel pris dans sa large et véritable acception, n'ont pas toujours été reconnus ni respectés. Mais le progrès des siècles mine successivement toutes les institutions vicieuses ; les révolutions viennent les réformer ou les abolir. C'est ainsi que se manifestent et se produisent dans l'humanité entière les principes qu'on a pu négliger mais non détruire, et qui, suivant l'expression de Domat, n'ont pas cessé d'obliger les hommes à les observer. Ces principes appellent nécessairement toutes les institutions propres à les mettre en action. L'étude, la justification et le développement de ces principes constituent la science du droit naturel, pour laquelle on peut avec fondement revendiquer quelques parcelles de l'éternelle vérité à laquelle aspirent toutes les sciences humaines. Il est dans l'ordre moral comme dans l'ordre physique, des vérités de première création, tenant à la nature même de ce qui existe. L'homme, par le noble besoin de connaître, est incessamment poussé à la recherche de ces vérités ; il parvient à les saisir exactement après bien des méprises et un long travail d'épuration.

La connaissance de ces vérités de première création, dans quelque ordre que ce soit (physique, intellectuel ou moral), constitue à proprement parler une science. C'est ainsi que pour nous la science du droit c'est la connaissance des vérités qui tiennent à l'existence même des êtres et des choses, sur ce qui est juste ou injuste.

Quelle dénomination convient-il de donner à la science des principes de justice que tous les peuples du monde sont appelés à observer ? L'appellerai-je comme jadis, science du droit naturel ? Faudra-t-il que je lui donne de préférence la qualification de science du Droit philosophique ou spéculatif, de politique rationnelle ? La nommerai-je, selon des expressions plus récentes, science du droit général, du droit universel, ou encore dans des termes en vogue aujourd'hui, philosophie du droit ? Les auteurs ont beaucoup varié sur les expressions à employer dans ce but.

Digitized by Google

Il me semble que la désignation de *science du droit naturel* n'est pas mal choisie. Elle écarte toute équivoque. Un grand nombre de publicistes distingués l'ont mise en usage. C'est en effet sur la nature des choses, et en particulier sur la nature humaine, sur ses nobles aspirations, que reposent les principes de justice dont toutes les institutions sociales doivent recevoir une indélébile empreinte. Je n'attache pas grande importance aux mots; mais encore faut-il que l'on cherche, autant que possible, à représenter les idées par des expressions claires et caractéristiques. C'est pour ce motif que les termes, *droit naturel*, me paraissent préférables à toute autre dénomination. Mon opinion à cet égard se justifiera probablement mieux plus tard lorsque je m'appliquerai à déterminer les différences qui existent entre la science du droit naturel et les autres sciences qui ont avec elle quelques rapports d'analogie.

Je n'entreprendrai pas d'examiner successivement, depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours, les nombreux écrits des publicistes et des philosophes [1] qui se sont occupés du droit naturel [2]. Il me faudrait entrer dans des détails fort longs et assez arides, discuter des systèmes et des doctrines bien opposés, exposer tous les faits de la nature humaine qui ont été altérés ou méconnus. Je fatiguerais probablement mon lecteur, lors même que ce travail ne dépasserait pas la mesure de mes forces [3].

Jusqu'au seizième siècle de notre ère la science du droit naturel était demeurée confuse, incomprise. Ses principes fondamentaux et les conséquences qui en découlent n'avaient pas été l'objet d'études spéciales. Ils dormaient pour ainsi dire au sein de la

[1] Puffendorff, Wolff, Burlamaqui, de Formey, Vicat, et tant d'autres savants distingués qu'il serait trop long de citer.

[2] Voyez sur l'histoire littéraire du droit naturel, Baroli, le *Droit naturel public et privé*, t. I.

[3] Dans les temps modernes un grand nombre de publicistes et de philosophes de tous les pays, mais principalement d'Angleterre et d'Allemagne, se sont livrés au travail critique des divers systèmes qui, jusqu'à nos jours, ont été émis sur le droit naturel. En France des auteurs distingués ont pris part à ce travail, notamment MM. Gâran de Coulon (voy. *Rép.* de Merlin, v° *Droit naturel*), Malpeyre (voy. son *Résumé du Droit naturel et des gens*, p. 35 et suivantes), de Félice (voy. ses *Leçons du Droit de la nature et des gens*), Perreau (voy. ses *Eléments de législation naturelle*), Th. Jouffroy, (voy. son *Cours de Droit naturel*), G. Ph. Hepp. (*Essai sur la Théorie de la vie sociale.*)

Digitized by Google

morale philosophique [1]. On n'avait pas songé à la possibilité de les développer scientifiquement, d'une manière systématique. Un petit nombre de principes du *droit absolu* avait jusqu'alors réuni le commun assentiment de tous les peuples civilisés. Mais depuis trois siècles surtout, grâce au développement d'une civilisation généralement meilleure, les idées, les vues politico-sociales ont, chez toutes les nations du monde, subi de sages réformes, l'horizon de la destinée humaine s'est ainsi éclairci, et par suite, la science du droit naturel, ce type spéculatif des règles sociales, a fait de grands progrès. Elle a visé à des applications toujours plus concordantes avec les véritables intérêts de l'humanité.

Si on se place au point de vue philosophique, on ne tarde pas à acquérir la certitude que la division du droit en *naturel* et *positif*, n'est pas une invention scolastique et de doctrine, *qu'elle* est puisée dans l'essence même des choses.

Le droit naturel se compose de tous les principes de justice, émanés du sentiment moral, développés par la raison et confirmés par la conscience, en vertu desquels la liberté extérieure de l'homme se trouve circonscrite dans un certain orbite. Ce juste sacrifice d'une portion de notre liberté extérieure, nous ne le faisons pas toujours de notre propre mouvement ; des mobiles contraires nous en détournent ; de là, nécessité de nous y contraindre. C'est ainsi que s'explique la formation des États chargés d'assurer l'existence sociale de tous leurs membres. La souveraineté de l'*État* est censée avoir été l'objet d'une reconnaissance générale ; elle s'annonce par des lois, par des règlements, par des coutumes dont l'ensemble constitue le droit positif de chaque nation.

Remarquons-le bien, les devoirs juridiques prescrits par le droit naturel sont aussi parfaits que ceux imposés par le droit positif. C'est dans leur mode de sanction que se trouve leur principale différence. L'observation des règles du droit positif est garantie par le souverain de l'Etat ; l'exécution en est assurée par une coercition extérieure. Mais quoiqu'ils ne se trouvent pas promulgués, déterminés invariablement pour tous les peuples du monde, dans un code obligatoire pour le genre humain (en vertu des prescriptions de la conscience éclairée par les autres facultés

[1] Ce que les philosophes de l'antiquité ont écrit sur la loi naturelle concerne la morale plus encore que le droit naturel.

Digitized by Google

de l'âme), les principes du droit naturel ne sont pas moins constants. Sortes d'initiations de la pensée à ce qu'il y a de plus élevé dans la nature de l'homme, et dans l'organisation même de ce qui existe, ils rattachent pour ainsi dire par un lien sublime le monde physique au monde moral. On peut les considérer comme autant de rayons célestes qui dardent constamment sur l'humanité pour l'éclairer et la diriger à travers les arcanes de son organisation et de sa destinée sur cette terre. Par sa seule force morale, le droit naturel a influé sur les esprits au point de réunir le commun assentiment des législateurs et des chefs des nations sur un assez grand nombre de règles de conduite sociale. En fait de relations internationales, il s'est montré pour les faibles comme un protecteur vigilant, pour les forts comme un juge intègre. Avec les progrès de la civilisation, les principes du Droit naturel seront incessamment reconnus et appréciés davantage ; ils domineront de plus en plus la conduite humaine extérieure, et apparaîtront au monde entier comme un droit commun qui embrasse l'humanité, tout en respectant les caractères distinctifs des nationalités.

Malgré leur double caractère de sagesse et d'immuabilité, les principes sur lesquels repose la science du Droit naturel ne sont point, il est vrai, à l'abri de violations de tout genre. Mais les plus sublimes préceptes de la morale ne sont-ils pas aussi bien souvent transgressés ? Le terrain des déterminations morales n'est-il pas, pour ainsi dire, un champ de bataille, une arène où se livrent incessamment de violents combats, et où nous pouvons, soit abandonner notre loi obligatoire, soit lui rester fidèles ? « *Les âmes fortes font fléchir les passions, les autres y cèdent.* » Dans toutes les déterminations possibles, une lutte, si rapide qu'elle puisse être, s'engage entre les mobiles de notre volonté, et la situation dans laquelle nous nous trouvons placés. L'homme doué du privilége de la spontanéité, du libre arbitre, en use trop souvent pour satisfaire ses passions, ses intérêts personnels, oubliant par là ses devoirs de justice et de moralité ! Trop souvent aussi, sa conscience se trouve assoupie par les illusions, obscurcie par l'erreur, il ne discute plus alors que très-imparfaitement les règles du bien et du juste. Les passions, l'erreur, l'égoïsme sont-ils dissipés ? le devoir vainqueur reparaît au grand jour, jusqu'à ce qu'une autre crise vienne jeter sur lui un voile qui, après quelque temps, est de nouveau déchiré. La lutte du bien et du

Digitized by Google

mal, du juste et de l'injuste a pris naissance dès l'origine des temps ; elle se réalise dans la vie des peuples avec non moins d'énergie que dans le for intérieur de chacun de nous. Tout nous fait présumer que cette redoutable lutte se perpétuera jusqu'à la fin des âges, avec des chances diverses ; nous engageant par les leçons de l'expérience, tant intérieure qu'extérieure, à diriger notre libre arbitre vers ce qui constitue véritablement la gloire, la dignité, la justice et la moralité du genre humain.

RIGAUT,

Juge de paix du canton de Wissembourg.

(*La suite à une prochaine livraison*).

COMMUNAUTÉ. — ACQUETS IMMOBILIERS. — DETTES.

QUESTIONS NOTABLES SUR LES DIVERS RÉGIMES D'ASSOCIATION CONJUGALE.

(*Suite* [1].)

De la stipulation d'une communauté d'acquits réduits aux immeubles. — Cette stipulation supposée valable, par qui et sur quels biens doivent être payées les dettes contractées, durant le mariage, par le mari comme chef de l'association conjugale ?

Il paraît être d'usage assez fréquent, dans les départements composant l'ancienne province de Normandie, d'ajouter au régime dotal, qui y forme habituellement la base des conventions matrimoniales, la stipulation d'une société d'acquêts réduite aux immeubles, et quelquefois étendue aux rentes. La fréquence de cet usage s'est inopinément révélée par le nombre même des arrêts qui, dans une période de temps assez restreinte, ont statué sur la question délicate ci-dessus posée. (*V.* Caen, 31 mai 1828, et 21 janv. 1850; Rouen, 29 juin 1850 et 15 mars 1851 ; Cassat., 3 août 1852, *J. du pal.*, année 1853, t. II, p. 257 et suiv. — *V.*

[1] V. t. II, p. 600, et t. III, p. 436.— Nous donnons ici, avec l'assentiment des directeurs du *Journal du palais*, une dissertation faite pour ce recueil et par lui publiée avec les arrêts rapportés au t. II de l'année 1853, p. 257 et suivantes.

Digitized by Google

aussi Bruxelles, 5 nov. 1813.) On a dit même que rien n'était plus ordinaire que la stipulation dont il s'agit ici, non-seulement dans la Normandie d'aujourd'hui, mais encore dans l'ancienne Normandie. (*V.* M. Troplong, *Comm. du contr de mar.*, t. III, n° 1851. — *V.* aussi M. Marcadé, *Explic. C. Nap.*, sur l'art. 1498, n° 5.) Nous en avons, pour notre part, vainement cherché la trace dans les commentateurs de l'ancienne Coutume normande; et, nous le dirons, nous aurions été quelque peu surpris de l'y trouver. En effet, d'une part, au tit. 15 de la Coutume, qui avait pour objet *le douaire de la femme*, il était dit : « Les personnes conjointes par mariage ne sont communes en biens, soit meubles, soit conquêts immeubles ; ainsi, les femmes n'y ont rien qu'après la mort du mari » (art. 389) ; et, d'une autre part, au titre 13, qui traitait des *successions collatérales*, il était dit d'abord : « La femme, après la mort du mari, a la moitié en propriété des conquêts faits en bourgage, et quant aux conquêts faits hors bourgage, la femme a la moitié en propriété au bailliage de Gisors, et en usufruit au bailliage de Caux, et le tiers en usufruit aux autres bailliages et vicomtés » (art. 329) ; puis l'article 330 ajoutait : « Quelque accord ou convenant qui ait été fait par contrat de mariage et en faveur d'icelui, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts faits par le mari que ce qui leur appartient par la Coutume, à laquelle les contractants ne peuvent déroger. » Dans cette combinaison de textes, la stipulation qui aurait associé la femme au mari dans les conquêts faits par celui-ci durant le mariage, pour attribuer à chacun d'eux la moitié en propriété, eût été inutile ou impossible : inutile en ce qui concerne les conquêts faits en bourgage ou au bailliage de Gisors, puisqu'à cet égard la stipulation n'aurait donné à la femme rien de plus que ce que lui donnait la Coutume ; impossible en ce qui concerne les conquêts faits hors bourgage, soit au bailliage de Caux, soit aux autres bailliages et vicomtés, puisque la stipulation attribuant à la femme, en ce point, un droit de communauté plus étendu que celui qui était fixé par la Coutume elle-même, cette stipulation serait tombée, par cela seul, sous la disposition formellement prohibitive de l'article 330.— On comprend donc que les commentateurs de l'ancienne Coutume normande n'aient pas eu à traiter de la stipulation spéciale à l'occasion de laquelle sont intervenus les arrêts dont nous venons de parler.

Digitized by Google

Nous croyons, quant à nous, que cette stipulation, dont, en présence de ces arrêts, on ne saurait contester la réalité ni la fréquence, s'est introduite, dans les usages de la Normandie, avec la législation nouvelle, et voici probablement par quelle suite d'idées elle s'y est implantée.

A toutes les époques de l'histoire de Normandie, la législation de cette province, si empreinte, comme l'a dit M. Troplong, de l'esprit de conservation, accorda à la femme une part dans les bénéfices de la collaboration commune. Le droit de conquêt que nous trouvons écrit dans l'article 329 de la Coutume n'était que la confirmation, sous ce rapport, des capitulaires, sous l'empire desquels il était déjà accordé à la femme moitié dans les meubles et un tiers dans les immeubles provenant de la commune collaboration. Ce droit, du reste, quoique écrit au titre *des successions collatérales*, était en réalité un droit de communauté. Basnage, dans son commentaire de l'article 389, s'exprime, il est vrai, en ces termes : « Il est certain qu'il n'y a point de communauté en Normandie, et la part que la femme prend dans les conquêts, lui appartient plutôt en qualité d'héritière que de commune. » Mais, dans la pensée de l'auteur, cette observation s'applique limitativement aux conquêts faits hors bourgage dans le bailliage de Caux, et autres bailliages et vicomtés, c'est-à-dire aux conquêts dont la femme n'avait, d'après la Coutume, qu'une part, le tiers ou la moitié, en usufruit : car il dit aussi (*loc. cit.*) : « Quoique l'article 389 semble bannir toute communauté entre les personnes conjointes par le mariage, néanmoins la Coutume, dans les articles 329 et suivants, établit une espèce de communauté pour les héritages qui sont situés en bourgage et dans le bailliage de Gisors, et il est vrai de dire qu'à l'égard de ces lieux, la différence n'est que de nom (avec la Coutume de Paris); car, ce que la Coutume de Paris appelle *communauté*, celle de Normandie l'appelle *conquêt*... » Plus explicite encore, ou plus absolu, Pesnelle, dans son commentaire de l'article 329, s'explique en ces termes : « Ce droit de conquêt est attribué à la femme en conséquence de la société qui est établie par le mariage, et qui fait présumer que la femme a contribué par ses soins, par son assistance et par son économie, à l'augmentation des biens du mari : car, si la Coutume rejette la communauté entre le mari et la femme, comme il paraît par l'article 389, ce n'est que par rapport aux effets que cette communauté produit dans la plupart du pays coutumier

Digitized by Google

dans lequel la femme transmet à ses héritiers le droit de partager par moitié avec le mari survivant, tous les meubles, effets et conquêts, dont il était le maître pendant le mariage... Ainsi, quant aux conquêts, on ne peut pas dire qu'ils appartiennent à la femme par un droit d'hérédité, puisqu'elle prémourante, le mari n'est plus maître des conquêts faits en bourgage et au bailliage de Gisors, dont la moitié appartient propriétairement aux héritiers de la femme, le mari n'en ayant que l'usufruit par l'article 331. Il faut donc conclure que ce droit de conquêt est attribué à la femme en conséquence de la société conjugale, qui la rend participante des biens qui sont acquis pendant que cette société subsiste... » (*V.* cependant Houard, en son *Dictionnaire de droit normand*, v° *Communauté.*)

C'était là une tradition que la Normandie, comme du reste toutes les provinces qui ont contracté des habitudes spéciales, aurait eu grand'peine à abandonner. Aussi, lorsque, d'une part, le Code Napoléon vint déclarer, dans l'article 1581, qu'en se soumettant au régime dotal, les époux pourraient néanmoins stipuler une société d'acquêts; lorsque, d'autre part, l'article 1387 du même Code eut déclaré que la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, les habitants de la Normandie comprirent que rien ne s'opposait à ce que le contrat de mariage, chez eux, conservât l'empreinte de leur législation traditionnelle. Et, par suite, ils firent passer dans leurs contrats, ils y écrivirent ce qui jusque-là avait existé par la seule force de la Coutume, à savoir : le régime dotal, comme base des conventions matrimoniales, et la société d'acquêts, comme moyen d'assurer à la femme cette part dans les bénéfices de la collaboration commune, que la Coutume lui avait toujours attribuée, et que le régime dotal pur ne lui aurait pas donnée.

Seulement ils n'attribuèrent pas, en général, il paraît, à cette société qu'ils stipulèrent ainsi, toute la latitude que les articles 1581, 1498, et 1499 du Code Napoléon permettaient de lui donner; ils ne l'étendirent pas notamment aux meubles acquis par le mari durant le mariage, et, en cela, ils se rattachèrent d'une manière plus intime encore à l'esprit de la Coutume : car, si elle accordait à la femme, après la mort du mari, un certain droit aux meubles aussi (le tiers s'il y avait des enfants, et la moitié s'il n'y

Digitized by Google

en avait pas), ainsi que cela résulte de l'article 392, la Coutume, il faut bien noter ceci, n'accordait ce droit à la femme qu'au seul titre d'héritière, si bien qu'elle ne pouvait le recueillir qu'à la condition d'accepter la succession de son mari, et que, si elle prédécédait, ses héritiers ne pouvaient rien réclamer en son nom. (*V.* Pesnelle, *loc. cit.*; Basnage, sur l'art. 392.) En sorte qu'en limitant la société d'acquêts aux immeubles, et en laissant ainsi les meubles à l'écart, dans la rédaction des conventions matrimoniales, c'est-à-dire dans des actes où il s'agissait de régler, non pas le droit successif de la femme, mais son droit de communauté, on ne faisait que rattacher le présent au passé, ou plutôt continuer une tradition dès longtemps établie ; on introduisait, par une stipulation spéciale, dans le contrat de mariage, ce que la Coutume, désormais abrogée, y avait mis de plein droit *jusque-là*, sauf cette légère modification, commandée, d'ailleurs, par la législation nouvelle, que la stipulation attribuait à la femme, sur tous les immeubles acquis durant le mariage, sans distinction de lieux, cette moitié en propriété que la Coutume ne lui donnait que sur les conquêts *faits en bourgage*, c'est-à-dire dans les lieux où les immeubles, étant tenus sans fief, pouvaient être vendus comme meubles, sans le consentement du seigneur.

Ainsi, dans la vérité des choses, la stipulation spéciale dont il s'agit ici, dans les contrats de mariage passés en Normandie, est contemporaine de la législation nouvelle. Les notaires de la Normandie ont compris que, si le Code Napoléon défendait aux époux de stipuler *d'une manière générale* que leur association serait régie par une Coutume abrogée (art. 1390), il ne leur interdisait pas, du moins, de s'approprier les dispositions d'une ancienne Coutume, dès qu'ils en consigneraient le sens dans leur contrat de mariage (V. notre *Traité du contr. de mar.*, t. I, n° 74) ; et, à la faveur de cette appréciation, les notaires se sont rattachés à la législation traditionnelle, en stipulant que, quoique mariée sous le régime dotal, la femme aurait néanmoins en propriété la moitié de tous les immeubles acquis durant le mariage, et en ajoutant ainsi au contrat une clause qui, avant la loi nouvelle, eût été ou nulle ou sans objet, comme cela résulte des textes ci-dessus reproduits [1].

[1] Houard, *loc. sup. cit.*, explique que c'est uniquement comme héritière de son mari que la femme prenait son droit dans les conquêts immeubles aussi bien que dans les meubles. Mais en admettant que ce sentiment dût

Digitized by Google

Par là s'explique, à notre avis, le long retard que les questions résolues par les arrêts cités ont mis à se produire dans la jurisprudence. Ces questions, en effet, soulèvent des difficultés de liquidation qui, dès lors, n'ont pu se présenter qu'à la dissolution des mariages contractés sous l'empire de ces conventions spéciales. Aussi voit-on que le premier arrêt, resté, d'ailleurs, inédit jusqu'en 1850, époque où M. Troplong en a donné le texte dans son *Commentaire sur le contrat de mariage*, n° 1906, ne date que du 31 mai 1828.

Par là aussi s'explique le silence des commentateurs sur ces difficultés. En général, la doctrine pose des principes dont elle déduit ensuite des théories instructives et fécondes ; mais il lui arrive rarement de prendre les devants sur les difficultés d'application proprement dites : c'est surtout à la jurisprudence, à ce champ clos où viennent s'engager ces luttes, souvent si imprévues, de l'intérêt personnel aux prises avec la loi, et, par cela même, à l'élément le plus précieux pour l'étude du droit pratique, qu'il faut demander la solution de ces difficultés. Et en effet, jusqu'à MM. Troplong et Marcadé, les seuls auteurs dont les commentaires sur le contrat de mariage aient été écrits en présence de partie des arrêts rapportés par les Recueils, aucun auteur n'avait songé à se demander comment et par qui devraient être acquittées les dettes d'une communauté d'acquêts réduite aux immeubles. Il faut le dire aussi : il y avait de plus, et en outre de ce que la question est toute locale, une raison particulière pour que ce point de droit demeurât à l'écart ; c'est que les sociétés d'acquêts réduites à une classe de biens, soit aux meubles, soit aux immeubles, n'ont été d'abord envisagées qu'à un point de vue général et de pure théorie, uniquement pour savoir si la stipulation d'une communauté ainsi restreinte pourrait être validée dans l'état actuel de la législation. Or, sur ce point, la négative était admise sans difficulté. (V. MM. Bellot, *Tr. du contr. de mar.* t. III, p. 24; Zachariæ, *Cours de dr. civ.*, § 522, *in fine*, t. III, p. 519; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Commu-*

prévaloir contre celui de tous les autres commentateurs, on comprend que nos inductions n'y perdraient rien. Seulement alors il faudrait dire que la pratique nouvelle, ne pouvant changer l'ordre successif établi par le Code Napoléon, s'est rattachée à la tradition en faisant de ce droit un droit de communauté, à la faveur de l'art. 1390, entendu et interprété comme nous le disons plus haut.

Digitized by Google

nauté, n° 447; Dalloz aîné, *Jurisp. gén.*, 1re édit., v° *Mariage* [*contrat de*], chap. 1er, sect. 2, art. 1er, n° 4, t. X, p. 265.) L'opinion contraire était indiquée dans les *Pandectes françaises* seulement (t. XII, p. 10). Et nous-même, en suivant l'opinion dominante, nous avons dit dans notre *Traité du contrat de mariage* (t. II, n° 24) : « Nous hésiterions, pour notre part, à nous ranger à ce dernier avis. La clause qui réduirait l'actif de la communauté soit aux acquêts mobiliers, soit aux acquêts immobiliers, présenterait un danger sérieux pour la femme, en ce que le mari, administrateur dans cette communauté restreinte aussi bien que dans la communauté légale, aurait la plus grande facilité de s'avantager au détriment de son associée ; il n'aurait pour cela qu'à employer les deniers de la communauté en acquisitions de meubles ou d'immeubles, suivant que la stipulation particulière dont il s'agit lui attribuerait la propriété exclusive des uns ou des autres. Le plus sûr est donc, à notre avis, de considérer la clause comme non avenue, et d'envisager la société d'acquêts comme si les parties n'avaient fait aucune précision. » — On conçoit donc que, dans cet état de la doctrine, les auteurs ne se soient pas occupés du point de savoir comment, une telle société étant donnée, les dettes contractées pendant le mariage seraient liquidées.

Il serait difficile, aujourd'hui, de se tenir dans la même réserve. D'une part, tous les arrêts intervenus, soit dans les cours de la Normandie, soit à la cour de cassation, supposent la validité de la clause. D'une autre part, l'opinion contraire a cessé d'être dominante dans la doctrine. M. Dalloz, d'abord, paraît l'abandonner, dans son édition nouvelle (V. *Contrat de mariage*, n° 2570), bien qu'il ne dise pas, à la vérité, qu'il l'avait partagée dans sa précédente édition. M. le premier président Troplong (*loc. sup. cit.*) et M. Rouland, dans le réquisitoire qu'il a prononcé à la cour de cassation à l'occasion de l'arrêt du 3 août 1852, ne supposent même pas que la validité de la clause puisse être mise en question. Enfin, M. Marcadé (*loc. cit.*, et *Revue critique*, t. III, p. 87), prend énergiquement parti contre ceux qui ont soutenu la nullité de la clause. Il n'est donc plus permis de laisser de côté cette question, que la pratique a rencontrée, de savoir comment et sur quels biens doit être effectué le paiement des dettes contractées pendant le mariage par le chef de la communauté restreinte dont il s'agit ici. Aussi bien, et pour notre part,

Digitized by Google

nous abordons cette question d'autant plus volontiers que la seule solution à laquelle il nous paraisse possible de se rattacher démontrera de plus en plus fort la vérité de notre appréciation première, à savoir : que le meilleur et le plus sûr, dans les conventions qui réduisent la communauté à une classe spéciale de biens, serait encore de considérer la stipulation comme empreinte, à un certain degré, du caractère potestatif du côté du mari, chef de la communauté, et, par ce motif, de la prendre comme l'équivalent d'une société ordinaire d'acquêts.

Quelles sont donc, dans une communauté réduite aux acquêts immobiliers, les dettes qui tombent à la charge de la communauté? — Il est dès l'abord évident que les dettes existantes au moment du mariage et celles qui grèvent des successions ou des donations advenues pendant le mariage lui sont absolument étrangères. L'art. 1498, C. Nap., contient, à cet égard, pour la communauté d'acquêts en général, une disposition dont les sociétés d'acquêts immobiliers peuvent invoquer le bénéfice. — Il est non moins évident que les dettes faites dans l'intérêt des propres de l'un ou de l'autre époux ne grèvent pas non plus la communauté. Cela est jugé expressément par l'un des arrêts déjà cités (*V.* Bruxelles, 5 nov. 1813), et l'art. 1409, C. Nap., consacre cette solution sans aucune équivoque possible. — Mais la société d'acquêts immobiliers doit-elle supporter, soit en partie, soit même en totalité, les dettes de communauté proprement dites, c'est-à-dire celles qui ont été faites, durant le mariage, par le mari, comme chef de l'association conjugale? Là seulement est la question ; et cette question, à en juger par le nombre même des systèmes qu'elle a fait naître, présenterait la plus sérieuse difficulté.

En effet, on trouve d'abord en présence trois systèmes principaux. — Le premier consisterait à mettre la totalité des dettes à la charge personnelle du mari, qui devrait les payer sur ses meubles d'abord, ensuite sur ses propres immeubles, et par suite à exonérer complétement la société d'acquêts. Le second répartirait les dettes entre les biens immeubles appartenant à la société d'acquêts et les biens meubles du mari, proportionnellement à leur valeur respective, et c'est dans ce sens que la cour de Caen s'était d'abord prononcée. (*V.* son arrêt du 31 mai 1828.) Enfin, dans le troisième système, les dettes seraient mises en totalité à la charge de la société d'acquêts, c'est-à-dire des immeubles acquis durant le mariage ; et cette doctrine, que consacrent tous

Digitized by Google

les autres arrêts (*V.* Bruxelles, 5 nov. 1813; Rouen, 27 juin 1850 et 15 mars 1851; Cass., 3 août 1852), est celle à laquelle la cour de Caen elle-même s'est rattachée, lorsqu'elle a été appelée à statuer pour la seconde fois sur la question. (*V.* son arrêt du 21 janv. 1850.) — Ensuite, et à côté de ces trois systèmes principaux, on en trouve trois autres qui se lient d'une manière plus ou moins étroite aux précédents, et forment un quatrième, un cinquième et un sixième système. — Le quatrième met les dettes à la charge des meubles appartenant au mari, sauf à recourir aux immeubles de la communauté, en cas d'insuffisance du mobilier : c'est la marche qui avait été suivie par le notaire liquidateur, et admise par le tribunal de première instance, dans l'espèce jugée par la cour de Cassation le 3 août 1852. — Le cinquième système fait une division des dettes suivant leur nature pour mettre les dettes immobilières à la charge des acquêts immeubles, et les dettes mobilières à la charge du mari ou des meubles par lui acquis : c'est la doctrine qui était produite devant la cour de Rouen, dans l'affaire jugée le 15 mars 1851. — Enfin, le sixième et dernier système consiste à considérer la stipulation d'une communauté réduite aux acquêts immobiliers comme constituant une communauté éventuelle ou sous condition, et, par suite, à écarter toute règle de liquidation posée d'avance et *à priori*, et à se déterminer suivant l'événement et d'après le résultat final de la société : ainsi le mari se trouve-t-il, à la fin, avoir travaillé pour la communauté seule, en d'autres termes, a-t-il employé en totalité l'épargne et le produit de la collaboration commune en acquisition d'immeubles, les dettes seront communes pour le tout et à la charge de la communauté ; a-t-il travaillé pour lui seul, en d'autres termes, a-t-il tout réservé sans faire la moindre acquisition en immeubles, les dettes lui seront personnelles pour le tout, et resteront exclusivement à sa charge ; enfin a-t-il travaillé en même temps pour la communauté et pour lui, les dettes seront communes pour une quote-part et personnelles au mari pour l'autre. Et ce système, qui n'est en quelque sorte que le développement du second, a été indiqué par M. Troplong (*Voir* t. III, n° 1908) et par M. Dalloz (v° *Contrat de mariage*, n° 2649, nouv. édit.), qui admettent la proportionnalité des dettes en principe, et suivi dans toutes ses déductions par M. Marcadé, qui en est le partisan énergique (V. *Revue critique*, t. III, p. 89 et suiv.).

Tous ces systèmes, on le comprend bien, ne sont pas égale-

Digitized by Google

ment sérieux. — Le premier et le quatrième, d'abord, en attribuant à la femme ou à ses représentants, la moitié des immeubles acquêts, sans mettre à la charge de la communauté une part quelconque des dettes, auraient pour résultat d'assimiler les conventions de l'espèce au forfait de communauté prévu et réglé par l'article 1522 du Code Napoléon. En ce sens, ils impliqueraient l'interprétation la plus arbitraire du contrat de mariage : car les communautés d'acquêts immobiliers sont, dans les usages de la Normandie, des conventions essentiellement distinctes de celles qui stipulent un forfait de communauté ; cela est de toute évidence puisque ces conventions ont pour effet, non pas de donner à la femme une certaine somme à prendre pour tout droit de communauté, mais de l'appeler au partage égal, avec son mari, de tous les biens immeubles d'une communauté, réduite, par la stipulation, à cette seule espèce de biens, mais les embrassant tous, quelle qu'en soit l'importance et l'étendue. — Disons de plus que cette interprétation serait à la fois illégale en elle-même, illogique et injuste par rapport au mari, et dangereuse pour la femme. C'est ce qu'établissait M. Chassan, à propos de l'affaire jugée par la cour de Cassation le 3 août 1852, dans une consultation à laquelle nous ne saurions mieux faire que de nous référer. — « Ce système, disait-il, a pour résultat d'affranchir la société d'acquêts de toutes les dettes, même des dettes de ménage, des reprises des époux. Il y a là une évidente violation de ce principe de droit et d'équité qui veut que tous les biens n'existent dans une société que déduction faite des dettes, principe consacré par l'article 1409 du Code Napoléon en matière de communauté légale, enseigné par tous les auteurs en matière de communauté conventionnelle, suivi par l'article 1498 pour la communauté réduite aux acquêts, et particulièrement adopté par les art. 1527 et 1528 pour la communauté qui n'est régie par aucun texte spécial de loi. Ce système procède non d'un principe de droit, mais d'une question de quotité du mobilier et du passif; il n'est donc pas juridique. Ce système aurait pour résultat de rendre la condition du mari plus onéreuse que si on avait stipulé une communauté des meubles et des immeubles, puisque, dans ce cas, les uns et les autres supporteraient proportionnellement les dettes, tandis que dans ce système, le mari, qui doit pourtant être avantagé par la clause du contrat de mariage, aurait à supporter toutes les dettes sur son avoir personnel. Le résultat final de

Digitized by Google

cette combinaison serait tout au préjudice de la femme : car le mari, qui saurait que les dettes devraient être supportées par son mobilier, et que les immeubles seraient appréhendés par la femme, en franchise de dettes, sauf un recours subsidiaire en cas d'insuffisance, le mari, maître de la communauté, emploierait désormais tous les deniers en acquisition de meubles. C'est ainsi qu'en exagérant la protection pour la femme, on réduirait à néant les sociétés d'acquêts immobiliers. » — Ces considérations, qui s'élèvent contre le quatrième système et à plus forte raison contre le premier, ne laissent pas de prise à la controverse. — Aussi, ont-ils été l'un et l'autre généralement rejetés. — Seul, l'annotateur de l'arrêt de Caen du 31 mai 1828, dans le Recueil de M. Dalloz, paraît avoir voulu leur donner quelque appui dans ces observations qui accompagnent l'arrêt (1851. 2. 127) : « Le système qui tendrait à exonérer la société d'acquêts de toutes dettes, et à faire entrer dans les mains de la femme la portion d'immeubles à elle afférente libre de toute charge, nous paraît être dans les idées du régime dotal, lequel, en général, n'a point à se préoccuper des engagements pris par le mari. Dans ce système, ce serait au mari d'affranchir l'immeuble qu'il livre à la communauté d'acquêts, et les immeubles dont elle doit s'enrichir ne sauraient supporter le poids des dettes qu'autant que les biens non propres du mari ne pourraient y suffire. La grande latitude qui lui est accordée semble être tout à fait compatible avec cette interprétation. » Mais l'annotateur avoue aussitôt que cette doctrine est rejetée par tout le monde ; et, de fait, elle a été répudiée par M. Dalloz lui-même, qui, dans son *Rép. gén.*, v° *Contrat de mariage*, n° 2649 (nouv. édit.), se prononce, comme nous l'avons dit, déjà en faveur d'une autre théorie à laquelle nous arriverons bientôt.

Le cinquième système n'a pas, et ne peut pas avoir plus d'autorité que les précédents. C'est celui qui distingue les dettes en mobilières et immobilières pour faire supporter les premières par le mobilier du mari, et les secondes par les immeubles de la communauté. Mais d'abord, est-il bien possible de reconnaître avec certitude, quand la société vient à se dissoudre, l'origine des dettes dont cette société est grevée ? Dans le mouvement des affaires sociales, il y a transformation des différentes parties de l'actif et du passif, et substitution des unes aux autres ; ainsi, il y a entre elles une corrélation nécessaire. Comment alors pourra-

Digitized by Google

t-on, au décès du mari, vérifier exactement le point de savoir si telle dette a une origine mobilière ou immobilière? C'est une difficulté. — Ajoutons maintenant que, la vérification dût-elle amener à un résultat certain, le système n'en devrait pas moins être rejeté comme entaché des vices mêmes qui affectent les précédents. Il faut remarquer que cette distinction en dettes mobilières et immobilières n'a plus aujourd'hui l'importance qu'elle a eue autrefois. Dans l'ancienne législation, et sous l'influence des principes qui, d'une part, attribuaient aux rentes, en général du moins, le caractère immobilier, tant activement que passivement ; qui, d'une autre part considéraient la vente, non pas comme translative par elle-même, mais comme produisant seulement l'obligation de transférer, obligation, par suite, immobilière dès que la vente avait eu un immeuble pour objet, les dettes qui avaient le caractère immobilier pouvaient être fort nombreuses. Il n'en est plus ainsi, aujourd'hui que les rentes sont mobilières, et que la vente transmet par elle-même la propriété du corps certain qui est vendu. Les dettes sont mobilières en général ; il n'y a de dettes immobilières proprement dites que celles qui ont un immeuble pour objet : telles sont l'obligation de constituer une servitude ou de conférer une hypothèque, l'obligation de restituer un immeuble acquis à un prix contenant lésion de plus des sept douzièmes, l'obligation, résultant d'un testament, pour le légataire, de livrer un immeuble déterminé, etc. (*V.* notre *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 537). A cela près, toutes les dettes sont mobilières, et la dette du prix d'un immeuble est mobilière elle-même, comme l'action en paiement de ce prix, puisque dette et action ont une somme d'argent pour objet (art. 527 et suiv., C. Nap.). D'après cela on comprend tout ce qu'il y aurait d'injuste à prendre cette distinction pour base de la liquidation des dettes dans le cas proposé, et à vouloir que toutes les dettes mobilières fussent supportées par le mari, et sur son mobilier, tandis que la communauté d'acquêts immobiliers n'aurait à sa charge que les dettes immobilières. Par là, cette communauté se trouverait affranchie d'une manière à peu près complète ; elle ne serait même pas tenue, ce qui serait aussi déraisonnable qu'injuste, du prix encore dû des immeubles qu'elle aurait dans son actif, puisque la dette de ce prix est mobilière ; — en sorte qu'en définitive, le cinquième système est à peu de chose près la reproduction, sous une autre forme, du premier et

Digitized by Google

du quatrième, précédemment appréciés. Il doit donc être écarté aussi, et par les mêmes considérations.

Restent les trois autres systèmes : le troisième, qui met toutes les dettes à la charge de la communauté, et le deuxième, dont l'idée, complétée par le sixième, repose sur la répartition des dettes entre les biens immeubles appartenant à la société d'acquêts et les biens meubles du mari, proportionnellement à leur valeur respective.— Voilà les seuls systèmes sérieux, c'est entre eux que la jurisprudence a eu réellement à opter; et on voit, par la série des arrêts que nous avons indiqués, quel a été son choix. Sauf l'arrêt rendu par la cour de Caen le 31 mai 1828, en faveur de la proportionnalité des dettes, et à la doctrine duquel la cour de Caen elle-même ne s'est pas tenue, ainsi que cela résulte de son arrêt du 21 janvier 1850, tous les arrêts ont admis l'imputation des dettes en totalité sur les immeubles appartenant à la société d'acquêts. — A notre avis, la jurisprudence ne pouvait pas mieux s'inspirer.

Tout se réunit en faveur de cette solution. La pratique d'abord l'a invariablement suivie. Il est constant en effet, qu'en Normandie, l'usage commun est de payer les dettes en épuisant l'actif de la société d'acquêts. C'est le mode suivi par les notaires, et, à l'exception de la liquidation faite dans l'affaire jugée par la cour de Cassation, le 3 août 1852, dans laquelle les meubles du mari avaient été affectés au paiement des dettes, sauf, en cas d'insuffisance, un recours subsidiaire sur les immeubles de la communauté (système que la cour d'Appel et la cour de Cassation ont successivement condamné), on ne trouve pas, ou on trouve fort peu de liquidations faites sur d'autres bases. C'est là un point certain, et M. Troplong lui-même (t. III, n° 1905), qui combat ce mode de liquidation, en atteste cependant l'usage : « On s'en prend d'abord aux immeubles, dit-il ; ce n'est que lorsque ces ressources sont insuffisantes qu'on attaque la fortune du mari, en commençant par les meubles. Les informations que j'ai prises auprès de notaires expérimentés, m'ont donné la certitude que tel est le mode le plus constamment suivi : c'est celui que les tribunaux ont coutume de sanctionner dans leurs jugements d'homologation. » — Ainsi, l'imputation des dettes en totalité sur l'actif de la communauté a pour elle l'autorité du fait, et c'est déjà une autorité considérable, surtout quand il s'agit de l'appréciation d'une clause dont l'usage est circonscrit à certaines

Digitized by Google

contrées. Qui mieux que les notaires et les magistrats de ces contrées peut connaître la signification juridique de la clause, son étendue et sa portée ?...

Ajoutons, d'ailleurs, que cette pratique n'a pas été plus arbitraire, dans la manière de procéder des notaires, que la convention à l'occasion de laquelle ils l'ont suivie n'a été imaginaire de leur part. La stipulation d'une communauté réduite aux acquêts immobiliers, et le concours de cette stipulation avec le régime dotal, n'ayant été, dans le droit nouveau, comme on l'a vu plus haut, que la continuation et le rappel d'un état de choses créé par l'ancienne Coutume de Normandie, on a dû rechercher comment se faisait la liquidation des dettes sous l'empire de cette Coutume. Eh bien! qu'on en interroge les commentateurs, et tous, sans exception, reconnaissent qu'avant tout, ce sont les immeubles qui sont obligés, ou même, ce qui est plus encore, que c'est la femme ou ses héritiers qui sont obligés, par rapport à la part qu'ils y prennent. « On ne doute point, dit Basnage, sur l'article 329 (t. I, p. 502, édit. de 1709), que la femme, prenant part aux conquêts, ne soit contribuable à toutes les dettes contractées par son défunt mari ; mais, si la femme prédécède son mari, ses héritiers, ayant part pour une moitié aux conquêts, ne seront obligés solidairement aux dettes, et ils n'y contribueront que jusqu'à concurrence de la valeur des conquêts. » Pesnelle, sur le même article (*in fine*) et Flaust (*Comment. sur la Cout. de Normandie*, t. I, tit. 7, ch. 1, § 4, alinéa 6) reproduisent la même pensée, et cette pensée est fort nette. Il s'en induit que la femme était tenue d'une manière plus étroite que ses héritiers, parce que, quant à elle, bien que sa part dans les conquêts fût en réalité un droit de communauté, la disposition de la Coutume qui excluait toute communauté entre époux, la faisait considérer comme recueillant cette part, à certains égards, en qualité d'héritière (*V.* notamment Houard, *Dict. de droit normand*, v° *Communauté*). Mais toujours est-il qu'elle était tenue aux dettes à raison de cette part, et que ses héritiers y étaient tenus également, sauf la faculté de s'affranchir en abandonnant leur part dans les conquêts. Et cela revient bien certainement à dire que la fortune personnelle du mari ne devait pas être attaquée pour affranchir la femme dans une proportion quelconque, relativement à la part qu'elle avait dans les conquêts faits pendant le mariage. — Voilà ce que la pratique a trouvé dans la tradition, et

Digitized by Google

voilà ce qu'elle a fait passer dans l'usage, comme elle y avait fait passer la convention elle-même.

Et maintenant a-t-elle heurté en cela les principes de la loi nouvelle? A-t-elle méconnu les règles de l'équité? Nous ne le pensons pas.

En définitive, de quoi s'agit-il ici? D'une stipulation de communauté juxtaposée au régime dotal, pris comme base de la société conjugale. Mais, malgré la coexistence du régime dotal, la stipulation n'en constitue pas moins, en fait et en droit, une communauté *conventionnelle* dans les limites déterminées. Le tort principal du système que nous combattons, est d'avoir laissé de côté ce fait considérable, et d'avoir supposé que les conventions de ce genre créent des communautés à part et auxquelles les règles ordinaires doivent rester absolument étrangères. Ce tort est très-apparent, surtout dans la réfutation que M. Marcadé a faite des considérations exposées par M. l'avocat général Rouland dans son réquisitoire du 3 août 1852. « Dire que les époux seront communs pour les acquêts immobiliers, alors qu'on laisse au mari le pouvoir de faire ou de ne pas faire de tels acquêts, a écrit l'ingénieux critique (*Revue crit.*, t. III, p. 93), c'est dire qu'il y aura une communauté s'il plaît au mari qu'il y en ait une. C'est faire, dès lors, non pas une stipulation absolue, *mais une stipulation conditionnelle de communauté, c'est écrire non pas un établissement de communauté, mais seulement une expectative ou éventualité de communauté...* » Certes, rien n'est plus contraire que ces propositions aux idées reçues en matière de communauté. Légale ou conventionnelle, la communauté ne peut pas plus être stipulée sous une condition qu'elle ne peut être stipulée à terme (art. 1399, C. N.). C'est une doctrine que nous avons développée dans notre *Traité du contrat de mariage* (t. I, nos 82 et 83), et M. Marcadé lui-même l'a pleinement adoptée (*V.* sur l'art. 1399, n° 2). — Ainsi, dans la pensée de M. Marcadé, considérée comme stipulation de communauté, la convention qui nous occupe ici serait absolument nulle, puisqu'elle est conditionnelle d'après lui. Et cependant, M. Marcadé en admet la validité, non pas même implicitement, comme MM. Rouland et Troplong, et comme les arrêts intervenus sur la question, mais affirmativement et en discutant l'opinion contraire (V. *Rev. crit.*, loc. cit., et *Explic. du Cod. Nap.*, sur l'art. 1499, n° 5). Il suppose donc qu'il s'agit ici d'un genre tout particulier de commu-

Digitized by Google

nauté. Mais sur quoi cette supposition est-elle fondée? La clause du contrat la repousse invinciblement, car les époux ont expressément déclaré qu'ils forment entre eux *une communauté d'acquêts immobiliers*. « Précisément, dit M. Marcadé (*Rev. crit.*, t. III, p. 95), la communauté n'a été stipulée que pour les acquêts immeubles : donc pas d'acquêts immeubles, pas de communauté... Vainement on dit qu'il existe une communauté, et que seulement cette communauté est et a toujours été pauvre et *sans actif*. C'est une erreur : car dans le sens rigoureux qui se présente ici, il n'y a pas de communauté sans actif. Supposez deux *mendiants* qui se marient : ces mendiants auront un actif dans leur communauté, ils auront des biens dont ils seront copropriétaires : le grabat sur lequel ils couchent, les haillons qui les couvrent, les quelques sous d'aumône qu'on leur met dans la main, leur appartiennent en commun ; et à côté des 50 francs qu'ils peuvent devoir, les 50 sous, ou moins encore que vaut leur avoir est l'actif de leur société. Encore une fois, là où il n'y a rigoureusement rien de commun, il n'y a pas de communauté. Donc notre stipulation, tant que le mari n'achète pas d'immeubles, ne donne pas une communauté. » — Tout ceci, nous l'avouerons, nous paraît difficilement acceptable. La stipulation dont il s'agit ici présente un cas de communauté d'acquêts, dans la mesure qu'elle détermine, ou elle n'est rien. Or, quoi qu'on en puisse dire, il n'y a rien absolument d'incompatible entre le fait légal d'une telle communauté et l'absence de tout actif commun. Laissons de côté ces mendiants, qui, mariés sans contrat, et par conséquent sous le régime de la communauté légale, se trouvent avoir en commun les 50 sous ou moins que valent leur grabat et les haillons qui les couvrent, et mettons en opposition des époux aisés, ou même opulents, qui, en se mariant, stipulent une communauté d'acquêts sans limitation. Eh bien ! ces époux n'ont pas d'actif commun en se mariant, car ils ont réalisé tout leur avoir personnel ; ils n'en auront jamais peut-être, car peut-être vivront-ils sans faire des acquêts. Dira-t-on, cependant, qu'il n'y a eu là, dès le mariage, qu'une communauté conditionnelle, qu'une éventualité de communauté ? Dira-t-on que la communauté n'existant que du jour où il est fait des acquêts, il n'y aura jamais eu communauté s'il n'a jamais été fait d'acquêts ? Evidemment non ! légale ou conventionnelle, la communauté commence avec le mariage ; c'est l'article 1399 qui le dit,

Digitized by Google

et M. Marcadé lui-même s'est porté, par d'excellentes raisons, le défenseur convaincu de cette disposition. Le fait légal de la communauté est donc indépendant de l'existence d'un actif commun. Et ce qui est vrai, à cet égard, de la communauté d'acquêts, ne saurait être moins vrai de la communauté dont il s'agit ici, puisqu'en définitive, celle-ci est aussi une communauté d'acquêts, et qu'entre les deux il n'y a d'autre différence, sinon que l'une s'étend aux acquêts de toute nature, tandis que l'autre embrasse seulement une classe d'acquêts. — Quoi qu'on dise donc, la stipulation d'une communauté restreinte aux acquêts immobiliers donne en réalité une communauté conventionnelle dans le sens juridique du mot, une communauté qui, sinon dans sa consistance active, au moins dans le fait même de l'association, se produit dans les mêmes conditions d'existence que toute autre communauté conventionnelle : et, dès lors, par rapport au paiement des dettes, elle doit recevoir l'application des principes généraux.

Or le principe général, à cet égard, le principe invariable, c'est qu'il n'y a de biens dans une société que déduction faite des dettes dont elle est grevée : la conséquence est donc que les dettes doivent être payées tout d'abord sur les biens de la communauté. Ces biens, dans l'espèce, sont les immeubles acquis durant le mariage ; il n'y en a pas et il ne peut pas y en avoir d'autres, d'après le contrat : ce sont donc ces immeubles qui doivent tout d'abord supporter les dettes de la communauté. M. Troplong lui-même explique tout cela avec une précision remarquable. « Les bénéfices d'une société, dit-il (t. III, n° 1908), n'ont d'existence réelle qu'autant que les dettes sont payées. Cette règle est générale : *bona non dicuntur, nisi deducto ære alieno ;* elle est surtout manifeste dans les sociétés d'acquêts. Est-il juste, en effet, que les époux emploient à acheter des immeubles l'argent dont ils devraient, avant tout, disposer pour payer leurs dettes ? Le premier devoir n'est-il pas de s'acquitter de ce qu'on doit ? N'est-ce pas une capitalisation fictive que celle qui consiste à faire des achats, en laissant en souffrance des obligations actuelles ? D'un autre côté, supposons que les dettes n'aient été contractées que depuis les acquisitions d'immeubles. Avec quelles valeurs seront-elles préférablement éteintes, si ce n'est avec les bénéfices et les capitalisations antérieurs, bénéfices et capitalisations qui ont peut-être été effectués prématurément, et dans l'imprévoyance de besoins ultérieurs ? *Plutôt que d'entamer les propres et les biens d'ori-*

Digitized by Google

gine ancienne, il est clair que c'est aux bénéfices qu'il faut s'en prendre pour se libérer. » Et cependant, malgré ces considérations décisives, M. Troplong, et, après lui, MM. Marcadé et Dalloz, veulent que le mobilier du mari contribue au paiement des dettes proportionnellement avec les immeubles de la communauté! Mais le mobilier, tout le mobilier, n'est-il donc pas un propre du mari, d'après le contrat de mariage? Comment donc concilier avec les propositions qui précèdent cette imputation proportionnelle des dettes sur le mobilier du mari et sur les immeubles de la communauté? « Plutôt que d'entamer les propres, dit-on, il faut s'en prendre aux bénéfices! » Eh bien! ces bénéfices sont là, sous la forme d'immeubles; ils ne sont pas épuisés, et on veut que les propres concourent au paiement des dettes! Cela est évidemment contradictoire, et, de plus, comme le disait énergiquement M. l'avocat général Rouland dans son remarquable réquisitoire, c'est une violation flagrante du droit. « Comment expliquer légalement, dirons-nous avec l'éminent magistrat, cet inconcevable résultat de mettre une dette de communauté ailleurs que dans le passif de cette communauté? Comment, quand il y a un actif, quand il n'est pas épuisé, aller prendre, au nom de la communauté, un bien propre du mari? Comment avouer que la dette de l'administration conjugale, dette commune, qui a désormais son caractère fixe, inviolable, devient en même temps exclusivement une dette du mari? Comment concilier la certitude que le mobilier acquis pendant le mariage est un propre du mari avec l'opération singulière qui l'assimile à un acquêt de communauté, et le grève des dettes de la société? »

Et remarquez que l'équité elle-même, dont on se prévaut à peu près exclusivement en faveur de cet inadmissible système, est bien loin, cependant, de le consacrer.— Que dit-on, en effet? qu'il y aurait injustice à ne pas faire contribuer le mobilier, en ce que le mari devait courir au plus pressé et payer les dettes avant d'acheter des immeubles! — Mais l'argument se tourne contre ce système lui-même : car enfin le mari pouvait ne pas acquérir des immeubles, d'après son contrat de mariage; et s'il en a acquis, l'injustice consisterait précisément à pouvoir lui dire : « Vous pouviez vous dispenser de constituer un actif social, et par là vous auriez conservé entre les mains des fonds suffisants pour éteindre les dettes; mais vous avez constitué un actif, c'est tant pis pour vous : la communauté en profitera, et vos

Digitized by Google

biens personnels répondront de ces mêmes dettes auxquelles auraient pu suffire les deniers que vous avez convertis en immeubles au profit de la communauté. » Voilà où serait l'iniquité, et elle serait d'autant plus flagrante que la femme, après tout, en combinant, dans son contrat de mariage, le régime dotal avec la communauté d'acquêts immobiliers, s'est arrangée de telle façon qu'elle a mis à couvert sa fortune personnelle, et que, par là, la communauté spéciale qu'elle a stipulée, et à laquelle elle n'a fait et ne doit faire ni mise ni apport, l'associe au succès et aux bénéfices, sans l'exposer jamais à la perte et au revers.

Mais, s'écrie-t-on, le mari sera donc maître de ruiner la société d'acquêts, tandis que lui il augmentera son patrimoine ! Oui, sans doute : dans cette étrange combinaison, qui réduit une communauté aux acquêts immeubles, le mari est *maître absolu* en ce qui concerne la constitution de l'actif social : il peut faire que la communauté soit toujours négative quant à l'actif, en n'achetant pas un seul immeuble ; il peut, au contraire, lui donner de la réalité, sous ce rapport, en employant tout ou partie de l'épargne, ou du produit de la collaboration commune, à l'acquisition de biens immobiliers ; il peut, après avoir acquis des immeubles, réduire la communauté à néant, en aliénant ces immeubles ou en les grevant outre mesure de charges ou d'hypothèques. Tout cela est dans la vérité des choses, tout cela est dans les conditions de la stipulation. Qu'en voulez-vous conclure ? Pour notre part, nous en avons tiré cette conclusion, que les clauses de ce genre sont nulles, et que les époux qui les stipulent devraient être considérés comme mariés sous une communauté ordinaire d'acquêts, telle qu'elle est réglée par les art. 1498 et 1499 du Code Napoléon. Vous avez dit, au contraire, que la clause est valable, et, aujourd'hui, pour obvier à ces mêmes inconvénients qui nous avaient déterminé, vous donnez pour moyen, à la place du nôtre, le système de l'imputation proportionnelle. Vous n'êtes pas conséquents ! Car enfin, la contribution proportionnelle des meubles et des immeubles au paiement des dettes est une règle propre aux *communautés d'acquêts mobiliers et immobiliers*, aux communautés que régissent les articles 1498 et 1499 du Code Napoléon. Or, étendre cette règle aux communautés d'acquêts *expressément réduites aux immeubles*, c'est reconnaître par là même que les conventions qui stipulent une communauté ainsi réduite n'ont pas une signification qui

Digitized by Google

leur soit propre ; et, après avoir validé ces conventions en principe, c'est les annihiler par le résultat !

Ainsi l'imputation proportionnelle, qui n'est ni dans les conditions du droit, ni dans celles de la justice, n'est pas non plus dans celles de la logique. Faut-il donc s'étonner de ce que, à l'exception d'une seule décision, la jurisprudence l'a invariablement repoussée?

PAUL PONT,
Docteur en droit, président du tribunal de Corbeil.

ÉTUDES SUR LES REPRISES ET LES PRÉLÈVEMENTS.

Communauté conventionnelle. — Reprise en nature du mobilier propre. — Droit de disposition du mari. — Prélèvement des valeurs réalisées au profit de la femme. — Concours avec les créanciers de la communauté [1].

Après avoir essayé d'établir comme règle générale la faculté de reprise en nature du mobilier réalisé par la femme, nous avons à porter nos regards sur quelques spécialités du sujet qui rendent l'application du principe, ou plus sûre ou plus douteuse.

Dans le premier ordre d'idées, nous placerons le cas où la réalisation a pour objet des meubles *incorporels*, tels que rentes, créances, offices, etc. Lebrun a touché ce point fugitivement dans un passage (*De la comm.*, p. 383) dont M. Troplong s'est emparé contre notre thèse. Lebrun se demande si une femme qui, pendant sa minorité, a transporté, conjointement avec son mari, une obligation stipulée propre, pourra *s'en faire relever, sous prétexte que c'est un immeuble fictif*. Il résout négativement la question par le double motif que *la fiction ne regarde pas un étranger, outre qu'elle n'empêche pas le mari de disposer du meuble réalisé*. De cette dernière énonciation, on infère naturellement que, dans la pensée de l'auteur, la qualité incorporelle du meuble ne faisait aucun obstacle au droit de disposition du mari. Il est peut-être permis de ne pas attacher grande importance à un motif

[1] M. Ancelot, avocat général à la cour impériale de Riom, a entrepris, sous cette rubrique, une étude d'ensemble sur les *reprises* et *prélèvements*. Le premier article de ce travail remarquable a été publié par la *Revue de législation* dans son dernier volume, p. 356 et suiv. Ce volume devant être sous peu de temps entre les mains de tous nos lecteurs, nous avons dû nous dispenser de reproduire le premier article, et prendre le travail au point où l'auteur l'avait laissé lors de la fusion de la *Revue critique* et de la *Revue de législation*.

Digitized by Google

ainsi jeté comme un simple accessoire, surtout si l'on considère que la langue juridique, et même les idées de Lebrun, ne portent pas l'empreinte d'une fixité rigoureuse. Nous savons déjà dans quels termes restrictifs il admet la disponibilité des meubles corporels aux mains du mari. Ce n'est de sa part qu'un sacrifice à la sûreté du commerce civil. Aussi, s'empresse-t-il de sanctionner la propriété de la femme en l'absence de tout droit acquis à des tiers. C'est encore des intérêts extérieurs qu'il se préoccupe ici. Il ne veut pas que la fiction soit opposable à un étranger. C'est donc à dire qu'il étend aux meubles immatériels le bénéfice de la maxime : *en fait de meubles, possession vaut titre*. Mais rien n'oblige à penser que le titre réalisé par la femme doive à ses yeux se détacher d'elle pour passer au mari, et se résoudre en une simple répétition de valeur. En d'autres termes, le mari peut céder efficacement la créance, sans que la femme ait cessé d'être créancière *avant* cet acte. Si de Lebrun nous passons à Pothier, nous serons frappé du silence qu'il garde sur le point qui nous occupe. Il l'exclut d'ailleurs de sa décision, bien moins encore par ce silence que par les motifs de son opinion. Qu'y a-t-il, en effet, de commun entre *des choses qui se consomment par l'usage même qu'on en fait et des titres de créance ?* De là vient que certains jurisconsultes, et notamment M. Rolland de Villargues (v° *Réalisation*), tout en adoptant le sentiment de Pothier quant aux meubles matériels, se sont refusés à la généralisation du principe ! M. Dalloz a présenté à ce sujet dans son nouveau répertoire (v° *Contrat de mariage*, n°s 2699 et suiv.), un exposé de doctrine et de jurisprudence qui ne nous laisse rien à dire de plus, si ce n'est pour mettre en lumière la portée spéciale de la réalisation, en tant qu'elle s'applique aux objets incorporels. Ici, en effet, à la différence du cas opposé, la question n'est pas seulement de savoir si la femme pourra reprendre en nature les apports *existants* quand la communauté finit, à l'exclusion, soit du mari, soit des créanciers ; mais encore de déterminer si les actes de disposition du mari seront ou non *valables*.

Cela tient à l'élimination de l'article 2279, qui ne saurait venir en aide à ces actes quand ils s'exercent sur une entité purement intellectuelle et juridique. Le débat s'agite alors directement entre les deux membres de la société conjugale, et si l'on tient pour permanente la propriété d'une créance réalisée par la femme, il faudra nécessairement annuler, sur sa demande, la

Digitized by Google

cession qui en aura été effectuée sans son concours. Telle est précisément la conséquence déduite par l'arrêt précité de la chambre des requêtes du 2 juillet 1840. La cour de Nîmes a été plus loin encore, le 20 mars 1837 (*V.* Dall., n° 2705), en jugeant que sous le régime de *communauté légale*, les créanciers du mari ne peuvent pas saisir le prix de vente d'un immeuble de la femme, dans les mains du débiteur. C'est une déduction ingénieuse, soit du silence de l'article 1401, soit des énonciations de l'article 1435, qui subordonne le prélèvement au *versement* préalable du prix *dans la communauté*. Ce prix n'appartient donc au mari qu'après réception effective. Il peut, sans nul doute, le toucher à l'échéance comme *administrateur* des biens de la femme (art. 1428); mais il ne peut en disposer, par voie de cession, avant cette échéance, parce qu'il ferait alors acte de *propriétaire*, qualité qui lui manque. On trouve, du reste, le germe de cette doctrine dans les motifs de l'arrêt de 1840. — Nous n'abandonnerons pas ce sujet sans appeler l'attention sur le singulier contraste que la jurisprudence présente, suivant qu'on se place au point de vue de la communauté conventionnelle, ou à celui du régime dotal. Au premier, le transport fait par le mari seul est mis à néant. Au second, il est validé, et l'inaliénabilité de la dot mobilière ne sauvegarde que le *recours* de la femme contre le mari. C'est donc sous le régime le plus protecteur des intérêts de l'épouse, que la prérogative maritale a le plus d'étendue. On ne méconnaît pas l'anomalie, mais on la croit commandée par l'impossibilité de concilier autrement le principe tutélaire de l'inaliénabilité de la dot mobilière avec le silence de l'article 1554, qui ne statue qu'en vue des immeubles, et avec l'article 1549, dont l'esprit, émané du droit romain, paraît être d'investir le mari d'un domaine civil à l'encontre du domaine purement naturel et inerte qui demeure à la femme. (*V.* D. P. 1851, 1. 181-285-309. — Troplong, t. IV, n°s 3165 à 3175.)

Jusqu'ici nous n'avons traité que de la réalisation *directe* qui se produit sous les formes d'une réserve expresse à titre de propre de tout ou partie du mobilier. Nous devons maintenant envisager la réalisation *indirecte* qui résulte de la *clause d'apport* réglée dans ses effets par les articles 1500 à 1503. Nous serons ainsi naturellement mis en présence de l'objection la plus puissante qui s'élève contre notre sentiment. Elle naît de l'article 1503 qui n'accorde à l'époux réalisateur qu'une simple répétition ou

Digitized by Google

prélibation de la *valeur de ce dont le mobilier apporté lors du mariage ou échu depuis, excède la mise en communauté.* Plusieurs doctrines ont été proposées pour mettre cet article en harmonie avec le principe de la reprise en nature que nous avons adopté. — La conciliation la plus nette est celle qui consiste à faire de la réalisation directe autorisée par le premier alinéa de l'article 1500 et de la convention d'apport, prévue par le second, deux situations essentiellement différentes. Dans la première, il y a constitution d'une propriété expressément réservée. — Dans la seconde il y a une promesse d'apport faite à la communauté, et un versement libératoire dans son patrimoine de *tout* le mobilier du promettant sauf à *compter* plus tard, pour déterminer si la dation en paiement a été ou insuffisante ou adéquate ou surabondante; dernier cas qui donne ouverture, lors de la dissolution de la communauté, au prélèvement de *valeur* édicté dans l'article 1503. Telle est l'opinion de MM. Zachariæ, Pont, Rodièze et Marcadé. L'arrêt précité du 2 juillet 1840 en a consacré une autre dans les termes suivants : « L'article 1503 n'a voulu parler que « du mobilier qui *n'existerait plus en nature* lors de la dissolution « de la communauté. » M. Dalloz en indique dans son répertoire (V° *C. de mariage*, n° 2743) une troisième que le *Journal des Notaires* a mise à jour (n° 9903). Elle tend, comme la précédente, à resserrer dans d'étroites limites l'application de l'article 1503 qui devrait avoir effet non point d'une manière absolue pour la *totalité* de l'excédant du mobilier présent ou futur sur la mise en communauté, mais seulement *pour la différence modique qui doit exister naturellement entre le gage* (ou la portion du mobilier affectée tacitement à la somme due) et *cette même somme.* Dans ce système, il appartiendrait aux juges *de rechercher l'intention présumable des époux* et de faire ainsi prévaloir la raison de convenance et d'équité qui s'oppose à ce qu'une masse de mobilier triple ou centuple de l'apport promis soit fatalement confondue dans l'actif de la communauté, par la substitution d'une créance à la propriété primordiale. Vient enfin M. Dalloz qui a ouvert un quatrième avis. Il admet avec le *Journal des Notaires* le pouvoir et le devoir d'interpréter la convention matrimoniale; mais il estime que la règle posée par l'article 1503 doit fléchir uniquement quand il y a eu mise en communauté soit d'une *somme déterminée, soit d'un corps certain.* Que s'il y a eu mise en communauté de la totalité ou d'une quote-part du mobilier *jusqu'à concurrence* de

Digitized by Google

telle somme ou valeur comme le dit la loi, l'époux perd à l'instant même sa propriété totale ou partielle.

De ces diverses interprétations, il en est trois qui ont un principe commun que nous devons d'abord apprécier ; à savoir la distinction intrinsèque de l'exclusion de communauté totale et partielle, et de la simple clause d'apport qui n'exclut qu'indirectement. Mais, tandis que MM. Pont, Rodière, Zachariæ et Marcadé souscrivent sans réserve à la domination de l'article 1503, dans l'ordre de faits qu'il précise, le *Journal des Notaires* et M. Dalloz veulent tempérer cet empire par des sous-distinctions tirées soit de l'importance de l'excédant réservé, soit de la formule employée dans la clause d'apport. La proposition seule de ces tempéraments variables, n'est-elle pas déjà un préjugé assez grave contre la vérité du principe ? Mais il faut le scruter en lui-même. Or, est-il bien exact de dire, en termes généraux, que la convention d'apport implique la nécessité d'un compte ultérieur et la suspension jusqu'à ce compte des effets du pacte ? M. Troplong a très-puissamment justifié la négative (n° 1957), en montrant que, dans un très-grand nombre de cas, l'apport promis est *inférieur* soit à l'argent comptant, soit à la valeur estimative du mobilier *présent* appartenant à l'auteur de la promesse, et qu'ainsi le compte est fait à l'instant même. Si donc il fallait prendre l'article 1503 à la lettre, on ne saurait expliquer, dans l'hypothèse qui vient d'être indiquée, pourquoi la reprise en nature serait écartée par la loi, qui d'ailleurs (nous le présupposons) n'y ferait aucun obstacle, quand il y aurait eu seulement réalisation totale ou partielle, sans aucune clause d'apport. On le comprendrait d'autant moins, que l'article 1500 paraît assimiler l'exclusion directe et l'exclusion indirecte par cette énonciation finale : *Ils sont, par cela seul, censés se réserver le surplus.* Il y a, en effet, parité complète de situations, quand une fois l'apport a été déduit de la masse mobilière par dation en paiement jusqu'à concurrence, et l'on est conduit logiquement, soit à généraliser la prescription de l'article 1503, comme le fait M. Troplong en s'inspirant des idées de Pothier, soit à n'y voir qu'un statut étranger à la situation exceptionnelle où les meubles réalisés existent encore en nature, au terme de la société conjugale ; c'est le point de vue de la Cour de cassation. Cela dit, nous pourrions nous dispenser d'examiner les sous-distinctions qui s'évanouissent avec la distinction principale. Mais peu de mots nous suffiront

Digitized by Google

pour en rendre l'inanité sensible.— Où trouver la détermination de cet excédant *modique* dont parle le *Journal des Notaires*? Comment de la totalité du mobilier versé dans la masse commune en paiement de l'apport promis, détacher un *gage*, non pas égal à cet apport (ce qui serait très-rationnel) mais légèrement supérieur, de telle sorte que l'article 1503 obtienne une satisfaction purement apparente? Ce système a donc le tort essentiel de demeurer impraticable, si ce n'est à l'aide du plus complet arbitraire. — Peut-on s'attacher davantage au critérium de M. Dalloz, et faire dépendre la condition de la femme du mode de rédaction de la clause d'apport? C'est demander s'il y a eu une différence réelle entre la mise en communauté du *mobilier* jusqu'à concurrence de telle somme, et celle de la *somme* elle-même. On chercherait vainement, dans le Traité de Pothier, quelques traces de la différence alléguée. Pour lui, la stipulation qui nous occupe renferme deux éléments corrélatifs loin d'être opposés.— Promesse d'une somme à la communauté. — Fusion dans son actif des effets mobiliers imputables sur la somme (V. nos 288 et 301). La même concomitance se retrouve plus évidente encore dans les dispositions du Code dont les articles 1500 et 1501 mentionnent le premier la mise en communauté du *mobilier* le second celle de la *somme*, comme deux effets qui procèdent de la même clause. Il est aisé de reconnaître l'étroite affinité qui les unit. Le versement du mobilier dans la masse commune n'est pas autre chose que la réalisation effective de la promesse d'apport qui, faite sous une forme *pécuniaire*, devait s'exécuter sous une autre. Il y a là le rapport intime du moyen à la fin. Peu importe que le notaire, ministre du contrat de mariage, ait mis au premier plan dans sa rédaction l'aspect pécuniaire ou l'aspect mobilier. Rien n'est changé au fond. Décider autrement, ce serait asservir l'esprit manifeste de l'acte aux hasards d'un formalisme tyrannique, et blesser au cœur la première des règles de l'interprétation des conventions (V. art. 1156).

Après avoir ainsi écarté trois des doctrines que l'article 1503 a fait naître, nous demeurons en face de celle de la Cour de cassation. « L'article 1503 n'a voulu parler que du mobilier qui « n'existerait plus en nature lors de la dissolution de commu- « nauté. » Et c'est ici que nous allons trouver un puissant concours dans les contradicteurs mêmes de notre opinion. Nous demanderons en effet, avec le *Journal des Notaires*, s'il est admis-

Digitized by Google

sible qu'un mobilier, valant dix mille francs, tombe en communauté pour éteindre une promesse d'apport de six cents francs; et avec M. Troplong, s'il est plus compréhensible que cette chute en communauté s'opère, quand déjà la promesse est couverte par le seul argent comptant de l'époux qui l'a faite. Aussi, l'illustre interprète puise-t-il cette fatalité juridique à d'autres sources que la dation en paiement sauf compte ultérieur. Il la fait sortir avec Pothier des intérêts concordants, à leur commun point de vue, de la société conjugale et de l'époux réalisateur. Mais cette raison ne nous ayant pas semblé déterminante, nous devons, sous peine d'inconséquence, embrasser l'opinion de la Cour suprême, et ne voir, dans l'article 1503, qu'un statut qui prononce *de eo quod plerumque fit*, c'est à-dire en vue du cas où l'excédant mobilier n'existe plus en nature. On peut même faire à cet article une part d'application plus large encore, si l'on considère que la promesse d'une somme à la communauté, ne saurait guères être séparée, dans la pratique, d'une estimation du mobilier imputable sur la somme (V. art. 1502). Or, toutes les fois que cette estimation aura lieu *sous déclaration qu'elle ne fait pas vente* (c'est-à-dire à peu près toujours), le mari deviendra propriétaire par la vertu de l'article 1551 (V. *suprà*), et toute difficulté sera levée. Il sera donc très-rare que l'article 1503 ne produise pas la plénitude de ses effets, quand il s'agira de meubles corporels. La restriction que nous lui faisons subir n'aura d'importance sérieuse et vraiment tutélaire, qu'à propos des biens *incorporels* dont le mari ne pourra disposer à son gré au détriment de la femme. Telle est précisément l'espèce de l'arrêt du 2 juillet 1840, dont on pourra utilement rapprocher les motifs du jugement de première instance.

Le droit de reprise en nature, que nous sommes efforcé d'établir, est évidemment indépendant de l'option de la femme entre l'acceptation et la répudiation de la communauté. Quoi qu'elle fasse à cet égard, elle n'en a pas moins été toujours propriétaire des effets réservés. Mais la décision doit-elle être la même au cas de *reprise d'apport franc et quitte* (art. 1514 du C. N.)? La raison de douter se présente aussitôt à l'esprit. Il y a cette différence tranchée entre la résiliation proprement dite et la clause de reprise, que celle-ci n'empêche pas les apports de la femme d'*entrer en communauté*, et crée seulement le germe d'un droit conditionnel de retrait. Nul doute donc que le mari n'en puisse dis-

Digitized by Google

poser souverainement comme de tout autre objet de communauté, et qu'ils ne puissent tomber sous la main des créanciers *pendant l'exercice de l'administration maritale*, sauf recours pour leur valeur de la part de la femme, le cas échéant (V. M. Duranton, nº 170 et 173) : mais *quid juris* après la rupture de cette administration, soit par le prédécès du mari, soit par une simple séparation de biens? Les objets dont la femme a stipulé la reprise pourront-ils être retirés par elle en nature à l'exclusion tant du mari ou de ses successeurs que des créanciers de la communauté qui viendraient les saisir? Avant de chercher les motifs de solution, jetons un coup d'œil sur l'ancienne école. — Il est à peine besoin de dire que Pothier, dominé par les idées dont nous avons trouvé l'expression au numéro 323 de son ouvrage, repousse *à fortiori* la reprise en nature dans l'hypothèse actuelle. Il n'accorde à la femme qu'une créance de la valeur estimative du mobilier confondu. Toutefois, il y rattache un *privilége sur tous les autres créanciers du mari*, à l'égard *des effets qui se trouveraient en nature* (nº 407). — Coquille semble aller plus loin en faveur de la femme, lorsqu'il dit à l'article CXIV de ses *Questions et réponses* (p. 252) : « Quand, par le traité de mariage, il est réservé « à la femme le choix de prendre la communauté ou de s'en « tenir à ses *convenances* en renonçant à la communauté, si elle « renonce, elle ne perd pas les *meubles* et autres biens qu'elle a « apportés, ains les *reprend* francs des dettes qui sont en com- « munauté... » Déjà nous avons cité, dans notre précédent article, le passage où Ferrière admet formellement la *revendication* à l'exemple de Charondas et Brodeau dont il invoque le sentiment. Nous reproduirons, en outre, un article de la coutume du Berry, dont le savant commentateur a donné le texte au tome III, p. 95, de son Traité.

« ... et où il y aura convention qu'après le décès du mari, la « femme se pourra tenir à la communauté ou à ses conventions « matrimoniales à son choix et élection, ladite convention sera « bonne et valable pour le regard du mari et de ses héritiers ; « mais *au préjudice des créanciers* ne vaudra ladite convention, « si ce n'est pour le regard de *ce qui est venu* du côté de la « femme seulement, et non pour l'avantage que le mari aurait « fait à la femme de *ses* biens par contrat de mariage, etc. »

Lebrun, qui a touché la question au liv. III, chap. 2 de son *Traité de la communauté* (p. 501), la résoud par la distinction

Digitized by Google

qu'il a prise pour base en matière de réalisation, et ajoute que « quand les *créanciers* du mari demandent une contribution, la « femme peut en faire excepter les meubles par elle apportés « qui ne consistent point en poids, en nombre et en mesure, « mais qui se considèrent par leurs propres qualités, comme un « collier, des diamants, une tapisserie de haute-lisse et autres « meubles de cette nature, dont elle *peut exercer la reprise* mo- « bilière. »

Dans l'école moderne, on tient de même, en général, que les objets existants en nature au temps où la communauté se dissout, peuvent être repris identiquement par la femme, pourvu qu'il n'y ait pas eu d'ailleurs d'estimation translative. (V. Dalloz, n° 2889, Duranton, t. XIV, n° 319). Cette doctrine nous paraît facile à justifier, au moyen des principes régulateurs de la communauté. — Quelle est la condition de la femme durant l'administration du mari? *Socia non est, sed tantum speratur fore.* Tout dépend rétroactivement de la résolution qu'elle prendra au terme de la communauté. Si elle l'accepte, elle sera réputée l'associée du mari sous des conditions justement privilégiées. Si elle la répudie, elle sera censée, sauf les *faits accomplis*, n'avoir jamais abdiqué son indépendance civile. Il n'y aura plus en présence que deux personnes, le mari absorbant dans la sienne l'être moral communauté qui s'est évanoui; la femme, rentrée dans la plénitude de ses droits primitifs par une sorte de restitution en entier; fictions dont nous verrons sortir plus tard de notables conséquences. Il en résulte, quant à notre sujet, que la femme est ressaisie, par l'effet d'une condition *résolutoire*, de la propriété des meubles qu'elle avait provisoirement versés dans la masse commune. Ils y sont encore de fait. Mais la puissance d'un droit restauré les en distrait. Ils ont été le gage des créanciers du mari pendant leur immixtion; mais ils ont désormais cessé de l'être. La femme n'aurait pu s'opposer à la saisie quand le régime de la communauté l'enchaînait; elle le pourra quand son individualité est reconquise. En dernière analyse, la clause de reprise d'apport franc et quitte, n'apporte, à la différence de celle de réalisation, aucun obstacle aux pouvoirs du mari et aux poursuites de ses créanciers, tant que la communauté dure; mais après sa dissolution suivie de la renonciation de la femme, elle opère à l'instar de la clause de réalisation. Cette assimilation sera éclairée de nouvelles lumières et fortifiée d'autres suffrages, quand

Digitized by Google

nous étudierons la reprise d'apport, non plus au point de vue du retrait en nature, mais à celui du prélèvement de la valeur des objets non retrouvés.

A. ANCELOT,
Docteur en droit, avocat général à la Cour impériale de Riom.

(*La suite à une prochaine livraison*).

DE L'ACTION POSSESSOIRE

RELATIVEMENT AUX SERVITUDES DISCONTINUES.

Il est dangereux de raisonner en droit d'une manière trop générale ; une synthèse large à l'excès, qui n'a pas été précédée d'une analyse exacte des divers cas particuliers d'une question, peut entraîner un esprit juste dans des erreurs graves : tel est, je crois, le défaut du travail de M. Dorlencourt, inséré dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (t. III, p. 340).

L'auteur veut prouver que la jurisprudence de la Cour de cassation, formée par un grand nombre d'arrêts, est erronée quand elle autorise le juge du possessoire à examiner, dans certains cas, les titres de propriété. Ses raisonnements sont un peu vagues dans leur généralité ; pour en prouver l'inexactitude, il suffira de restreindre la discussion et de ne la faire porter que sur les servitudes discontinues. C'est, en effet, dans ce cas seulement que l'examen des titres peut être indispensable au juge du possessoire.

M. Dorlencourt n'admet pas l'action possessoire, quant à ces servitudes. Elles ne sont pas susceptibles d'être acquises par prescription ; leur possession, dit-il, est assimilée à zéro ; donc, elles ne peuvent être l'objet d'une action possessoire. C'est là un raisonnement trop large. Oui : en général la possession ne prouve rien relativement aux servitudes discontinues. Mais, dans le cas où un titre a établi la servitude imprescriptible de sa nature, la possession est-elle sans valeur ? Certainement non : elle fait obstacle à l'extinction du droit et, si le titre remonte à plus de trente ans, elle est un élément qui doit être nécessairement prouvé, et sans lequel le droit établi par le titre s'évanouit. En effet, pour

Digitized by Google

conserver une servitude discontinue, trente ans après l'acte qui l'a constituée, il n'est pas nécessaire de se pourvoir d'un titre nouvel (Code Nap., 709) ; il suffit que des faits de possession aient eu lieu depuis moins de trente ans.

La possession de la servitude discontinue, établie par un titre, est donc fort utile à conserver. Si elle est troublée, l'action possessoire ne saurait être déniée à celui qui n'a pas laissé écouler une année, depuis qu'un obstacle a été mis à sa jouissance.

Dans cette instance, le titre sera nécessairement produit, ne serait-ce que pour établir la recevabilité de l'action.

Si le titre est dénié, s'il est obscur, que fera le juge du possessoire ?

Le plus impérieux de ses devoirs est de juger. Pour y parvenir, il interprétera le titre selon ses lumières.

Les législateurs se sont efforcé de ne pas laisser aux juges de paix des questions de droit difficiles à résoudre, mais ils n'ont cependant jamais déclaré leur incompétence relativement à ces questions. Si de telles questions se présentent devant un juge de paix, il ne peut renvoyer les parties à contester devant le tribunal, qu'autant que la difficulté formerait un incident qui excèderait ses pouvoirs. Mais en toute autre circonstance, refuser de prononcer serait commettre un déni de justice. Les juges ne peuvent pas, comme à Rome, se décharger du jugement d'une affaire, en jurant qu'elle n'est pas claire : *sibi non liquere.*

La décision des questions possessoires doit avoir lieu sans délai ; tel est l'un des motifs qui ont fait placer dans la compétence du juge de paix, ces questions assez souvent très-importantes. Il faut juger promptement, et, en cette matière, mieux vaut un jugement erroné qu'une longue indécision.

L'appréciation d'un titre, faite par un juge de paix, ne peut pas être comparée à la décision qu'un tribunal rendrait sur une question administrative ; dans ce dernier cas, des dispositions législatives très-formelles seraient violées.

Les conséquences que le juge du possessoire tirera du titre, ne seront souvent pas celles qu'en déduiraient les juges du pétitoire.

Le premier examinera si le titre a pu donner au demandeur la conviction qu'il avait acquis une servitude discontinue ; les seconds décideront s'il l'a réellement acquise.

J'ai obtenu une servitude de passage sur un fonds voisin du

Digitized by Google

mien ; celui qui me l'a accordée n'était que propriétaire apparent ; plus tard il est évincé. Le propriétaire véritable me trouble dans ma jouissance ; je ne succomberai pas au possessoire ; car la présentation de mon titre prouvera que ma possession n'est pas précaire.

Cette solution est conforme aux principes rigoureux, quoique, d'après l'opinion la plus sûre, la possession dont il s'agit, continuée pendant trente ans, ne puisse pas faire acquérir la servitude par prescription.

Cet exemple prouve que l'examen du titre ne fait pas nécessairement cumuler le pétitoire et le possessoire. La décision du juge de paix, qui aura mis fin aux voies de fait, ne liera en aucune manière le tribunal, soit qu'il connaisse de l'appel du jugement rendu au possessoire, soit qu'il ait à statuer sur *le pétitoire*.

Mais, dit M. Dorlencourt, le titre peut ne rien prouver : votre possession a été non précaire au moment où le titre vous a été concédé ; mais elle a pu devenir précaire de vingt manières différentes, notamment par vente tenue secrète avec réserve d'usufruit ou de bail, cas si fréquents.

Ici encore, la trop grande généralité du raisonnement, entraîne une erreur. S'il ne s'agit que des servitudes discontinues, comment comprendrait-on que j'eusse cédé mon droit avec réserve d'usufruit ?

J'acquiers un passage pour l'exploitation de mon *fonds*, je jouis tous les ans de ce droit. A qui aurais-je pu céder la servitude active qui m'est indispensable ? à un voisin qui en retirerait la même utilité que moi ? je n'aurais pas par là transféré la servitude qui, en quelque sorte, appartient à mon fonds plutôt qu'à moi ; j'aurais seulement abusé de ce droit.

Le droit de passage pour un fonds enclavé, peut être l'objet d'une action possessoire, quoiqu'il n'y ait point de titre et qu'il s'agisse d'une servitude discontinue.

La possession continuée pendant trente ans, a pour effet de déterminer le lieu par lequel le passage doit être exercé, et de libérer le propriétaire enclavé, de l'indemnité due au propriétaire du fonds servant.

Celui dont le fonds est enclavé a donc, soit avant, soit après les trente ans, un grand intérêt à se maintenir en possession ; donc il peut agir au possessoire.

Digitized by Google

Ces simples observations me paraissent suffisantes pour démontrer, contrairement à la doctrine de M. Dorlencourt, que la jurisprudence n'est point erronée quand elle autorise l'action possessoire, relativement aux servitudes discontinues, que le titre peut et doit alors être examiné par le juge du possessoire, et qu'enfin le jugement au possessoire, même fondé sur le titre, ne décide rien relativement au pétitoire.

L. A. Louis GROS,
Docteur en droit, juge de paix du canton de Pont-d'Ain.

CHRONIQUE.

L'Académie de Législation de Toulouse a tenu, le 20 novembre dernier, une séance extraordinaire pour entendre une communication de M. Giraud, membre de l'Institut, inspecteur général; l'un des membres de cette compagnie.

M. l'inspecteur général, dont la présence à Toulouse a produit une si heureuse sensation au profit du mouvement scientifique, a voulu que le corps savant, auquel il a donné un rang si distingué par son discours officiel, eût aussi une bonne part dans cette fête, ou si on veut dans cette solennité de l'intelligence qui a été célébrée sous ses auspices [1].

Les membres de l'Académie ont répondu avec empressement à l'appel de leur éminent confrère. Ils savaient d'avance que leur attente ne serait pas trompée.

M. Giraud a donné lecture de la première partie d'un travail, portant pour titre : *De l'intérêt qu'offre l'étude du* DROIT CANONIQUE *au point de vue purement scientifique.*

Le savant jurisconsulte avait, dans son discours de rentrée, où les aperçus de l'ordre le plus élevé ont été formulés avec la grave élégance d'un langage toujours classique, parlé, au point de vue de l'intérêt public, des résultats heureux que produirait la restauration de la Faculté de théologie de Toulouse. C'était donc la continuation du même sujet, qui était d'ailleurs du meil-

[1] M. Giraud a présidé, à Toulouse, la séance solennelle de rentrée des Facultés.

Digitized by Google

leur goût pour une compagnie établie dans le sein d'une cité où l'étude du Droit canonique a été cultivée avec tant de succès, et a produit des œuvres aussi sérieuses que celles de Guillaume Benoît (*Benedictus*), d'Antoine Dadin d'Hauteserre, de Jean Doujat, d'Innocent Ciron et de tant d'autres professeurs de cette vieille Faculté de Droit civil et canonique.

M. Giraud a d'abord témoigné, dans les termes d'une courtoisie parfaite, de sa reconnaissance comme de sa haute estime et de ses vives sympathies pour l'Académie de Toulouse, en exprimant la foi qu'il avait en son avenir et la confiance que lui inspiraient les gages qu'elle donne à la science.

Entrant ensuite dans son sujet, après avoir constaté l'importance qu'avait autrefois, dans l'enseignement, le Droit canonique qui touchait par tant de côtés à toutes les institutions *sociales*, et par la juridiction ecclésiastique, à la plupart des matières du droit commun ; exposé à grands traits les caractères de la législation canonique, son influence bienfaisante et décisive sur la civilisation européenne en général et le mouvement juridique en particulier ; groupé en un riche faisceau les noms des docteurs les plus célèbres qui, en France ou à l'étranger, ont été les lumières les plus vives de cette science ; enfin mesuré le champ immense qu'elle ouvre à l'érudition, M. Giraud a manifesté le regret de voir qu'elle était, en quelque sorte, et à quelques exceptions près, tombée dans l'oubli.

Puis il a mis en relief les nombreuses et graves considérations qui doivent faire cesser cet injuste oubli, et restituer le culte du droit pontifical, si riche par ses variétés, si imposant par la haute sagesse de ses règles, si profondément moralisateur de la conscience humaine et de tous les actes qui en relèvent, laissant bien loin derrière lui tout ce que le spiritualisme de l'antiquité païenne avait pu introduire plus ou moins laborieusement dans les lois.

Dans cette seconde partie de son *mémoire*, se trouve largement déroulée l'économie des diverses parties du corps du droit canonique, du droit antérieur au décret de Gratien et de celui qui lui est postérieur, des Décrétales de Grégoire IX, du *Liber Sextus*, des *Clémentines*, des *Extravagantes* de Jean XXII, et des *Extravagantes communes*.

Ces aperçus étaient accompagnés d'observations tantôt critiques, tantôt philosophiques, toutes d'une grande portée, et de

Digitized by Google

détails bibliographiques dont les trésors sont si familiers à M. Giraud.

En résumé, cette lecture, grave, substantielle, lumineuse, peut être considérée comme un beau développement du chapitre de *l'histoire du Droit français au moyen âge*, par le même auteur, consacré à la même matière.

M. Féral, président de l'Académie, a remercié M Giraud, au nom de ses confrères, avec une urbanité et une délicatesse de langage et de pensées qui lui sont propres, et des observations ont été ensuite présentées sur l'ensemble de la communication qui venait d'être faite.

On s'est d'abord associé, avec reconnaissance, à tous les vœux émis par le lecteur, vœux si naturels de la part d'un ancien ministre de l'instruction publique et des cultes, et dont la réalisation serait si féconde pour les fortes études, et pour la ville de Toulouse, spécialement. On s'est plu à rappeler, à cet égard, quelques-unes des gloires de la célèbre Faculté de théologie de Toulouse, qui avait eu pour disciples plusieurs papes, et notamment Grégoire IX et Jean XXII dont il a été déjà parlé. Il a été dit aussi que, parmi les nombreuses sources de la jurisprudence du droit canonique citées par M. Giraud, les *Decisiones Capellæ Tolosanæ* recueillies par l'official Jean Corserius, enrichies de notes et additions par Etienne Aufréry, méritaient une mention toute particulière. On a donné, en outre, une adhésion semblable à la direction aussi sage qu'éclairée qui, d'après M. Giraud, doit être imprimée à l'enseignement du droit canonique.

La comparaison entre l'histoire de la codification du Droit romain et l'histoire de la codification du droit canonique, de leur fortune si diverse, l'indication des différences profondes qui existent entre l'un et l'autre droit, soit quant à leurs bases, soit quant à leurs procédés scientifiques, ont paru susceptibles de donner lieu aux rapprochements les plus intéressants. On a fait observer enfin que si M. Giraud s'était occupé principalement des avantages scientifiques attachés à l'étude du droit canonique, il n'avait certainement pas entendu contester l'utilité des résultats attachés à la même étude pour l'intelligence de plusieurs branches du Droit actuel ; de l'origine, par exemple, de plusieurs contrats qui ont pris naissance, au moyen âge, dans l'engorgement des capitaux refoulés par la prohibition du prêt à intérêt, pour l'intelligence aussi de l'influence qu'a exercée le droit canonique sur

Digitized by Google

le mariage, et notamment sa publicité, sur la fiction inhérente à la légitimation, sur les caractères modernes de la puissance maritale et paternelle, et plus généralement de l'action que le Droit canonique a eue sur la suppression du formalisme et du symbolisme romain et germanique, enfin sur le triomphe, dans notre Droit, de ce sentiment d'équité naturelle qui en constitue l'une des qualités les plus essentielles.

Le fond de ces observations correspondait, en réalité, aux vues de M. Giraud, car elles n'étaient que le rayonnement prolongé des principes qu'il avait lui-même exposés.

Par ces indications rapides, on peut aisément se former une idée de tout l'intérêt qu'a offert à l'Académie de Toulouse cette séance, bien faite pour répandre un éclat nouveau sur son institution, puis qu'elle inaugurait d'une manière si heureuse ses rapports directs et personnels avec l'Institut de France.

En envoyant à M. N..., un exemplaire du nouveau Code de procédure criminelle, de l'empire d'Autriche, sur lequel la Revue publiera prochainement une étude, M. Hye a accompagné de la lettre suivante l'envoi qu'il avait reçu mission de faire :

MONSIEUR,

Son Exc. M. le baron de Krauss, ministre de la justice en Autriche, m'a chargé de l'honorable mission de vous transmettre un exemplaire du nouveau Code de procédure criminelle que S. M. l'Empereur d'Autriche vient de sanctionner, et qui fait aujourd'hui loi pour toute l'étendue de l'Empire. Monsieur le ministre a voulu par cette communication vous donner un témoignage de sa haute considération et de l'estime toute particulière qu'il fait de votre personne pour le mérite éminent que, comme auteur, vous vous êtes acquis par vos travaux sur le droit criminel.

Moi-même, je me permettrai, à cette occasion, d'exprimer la confiance qu'en portant leur jugement sur cette importante loi de l'empire d'Autriche, les jurisconsultes Allemands sauront apprécier les difficultés exceptionnelles qu'il a fallu vaincre, surtout dans ma patrie, pour établir cette législation et la codification de la procédure criminelle qui a de si profondes racines dans toutes les relations de la vie politique et sociale, le plus

Digitized by Google

grand problême du temps pour l'Autriche, en y introduisant l'unité dans les relations de l'Etat et partant aussi dans la justice et les lois pour les diverses nationalités et contrées de notre monarchie.

Ce n'était pas seulement pour les nationalités de la langue allemande qui par leur nombre et ce qu'elles rendent au Trésor, ne forment que la moindre partie de notre glorieuse monarchie, qu'il s'agissait de faire une loi : il fallait aussi qu'elle s'appliquât en même temps aux nationalités Maggyare, Slave et Romane. Celui qui considère la différence de mœurs, et le degré de civilisation de toutes ces nationalités, celui qui apprécie l'histoire et le développement politique de quelques-unes des parties qui composent la monarchie, la diversité de leurs croyances et confessions religieuses, la diversité de leur origine, celui-là devra convenir que dans aucun pays de l'Europe, le Code de la justice ne présente la tâche de concilier autant et d'aussi sérieuses divergences sociales, nationales, politiques et religieuses qu'en Autriche.

C'est dans la diversité de ces rapports que nous avons trouvé les motifs tout spéciaux qui ont fait reconnaître l'impossibilité d'introduire le jugement par jurés dans toutes les parties de notre Empire; indépendamment de ce que le plus grand nombre de nos hommes d'Etat et de nos jurisconsultes font valoir les objections *générales* que les adversaires du jugement par jurés élevent contre cette institution, tant du point de vue de la justice que par des considérations politiques.

Voilà pourquoi en Autriche, la plupart des jurisconsultes pratiques, des hommes de la science et des premiers professeurs de droit ont applaudi aux résolutions de l'Empereur du 31 décembre 1851, et du 5 janvier 1852 qui ont aboli le jugement par jurés, introduit dans notre monarchie par les lois provisoires sur les délits et crimes graves, ainsi que par l'ordonnance sur la procédure criminelle du 17 janvier 1850 dans la plus petite partie de notre monarchie ; ils y ont applaudi comme à un progrès réel dans la procédure criminelle, en tant qu'il ne s'agit que de la découverte des crimes, de l'instruction, de la constatation des faits et du droit *objectif*.

Quelques précises et déterminées que soient les dispositions de ce nouveau Code pour les juges et les fonctionnaires publics de l'ordre judiciaire, (§§ 11, 17 à 24 et 117), ce Code répond

Digitized by Google

cependant à toutes les exigences de la science ; on y a tenu compte des dernières législations sur la matière. Notre nouveau Code a adopté le *débat oral* en *première instance* dans toute l'étendue possible et voulue dans l'intérêt de la justice et pour la protection due à l'accusé (§§ 213 à 257) ; on a cependant cherché à la fondre avec l'instruction écrite, ou sur pièces, en deuxième ou troisième instance (chapitre XIII). Le Code donne à l'accusé plus de moyens pour sa justification et plus de protection contre l'arbitraire des juges d'instruction qu'aucun autre Code de procédure criminelle, (§§ 64, 65, 202 à 212, 295 à 315, 344, 349, 363, 364, 369, 371, 394, 395, 427 et 428). Il lui permet le libre développement de sa défense (§§ 203, 215, 220, 228, 243 et 253) ; il repousse avec dignité et péremptoirement l'emploi de tout moyen non avouable de procédure ainsi que tous moyens directs ou indirects mis en œuvre pour arracher un aveu (§§ 146, 176, 178, 234 et 266). Il tient compte de la publicité de la procédure criminelle (§§ 223, 224 et 419). Il porte le juge à protéger l'accusé et garantit celui-ci contre l'arbitraire résultant d'une théorie négative de preuves, sans cependant faire violence à la conscience intime du juge (§ 260) ; mais il l'oblige à exposer les motifs ou considérants de sa décision. Il est retourné à l'ancienne doctrine qui distingue le jugement vague de *non-culpabilité*, lors du *renvoi de l'accusation* pour l'insuffisance de preuves, du *jugement d'innocence* et d'une simple décision de mise en liberté (§§ 287, 288), sans cependant attacher à cette première forme de jugement, qui peut être considéré comme analogue à l'*Absolutio ab instantiâ* d'autrefois, ou à la simple décision de mise en liberté, aucun préjudice de droit (§§ 316, 341, 359 et 367). Il établit à la place d'un simple recours en cassation et d'une Cour de cassation, le moyen de recours en deuxième instance, et aussi en troisième selon les circonstances (§§ 295, 301) ; il admet aussi au nombre des moyens d'appel tous ceux qui donnent lieu au recours aux tribunaux supérieurs et en cassation (§§ 297 à 300). Enfin le présent Code a tâché de simplifier et abréger la procédure (§§ 188, 200, lettre *f* et 233) ; quant à la violation des formes, il ne l'a admise que pour autant que cette violation a pu empêcher l'exercice des droits (§§ 208, 298, 303). Il a aussi remis en honneur l'ancienne maxime reçue en Autriche, que toute injustice faite à un accusé par une Cour criminelle, doit être officiellement redressée par une Cour supérieure,

Digitized by Google

quand même l'opprimé n'éleverait aucune réclamation à ce sujet. (§§ 210, 211, 304, 310, 313, 369, 372).

J'espère, Monsieur, que vous voudrez bien me pardonner la liberté que je prends d'appeler votre attention sur les dispositions ci-dessus de notre nouveau Code de procédure criminelle, parce que les vues de la législation Autrichienne sur les questions de principe de la procédure criminelle y sont exposées, et aussi parce que dans les passages cités, on s'écarte essentiellement en partie des dispositions d'autres Codes de procédure criminelle en vigueur en Allemagne.

Agréez, Monsieur, l'expression de ma haute considération.

Vienne, août 1853.

Dr Antoine HYE.

Conseiller au ministère impérial de la justice en Autriche.

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

De l'instruction écrite par M. Hélie; — Zachariæ, traduction nouvelle par MM. Massé et Vergé, etc.

Le défaut d'espace nous oblige à ajourner, jusqu'à une prochaine livraison, le compte-rendu que la *Revue* doit à ses lecteurs, de divers ouvrages dont la publication remonte déjà à une époque assez éloignée. Mais précisément parce que ces ouvrages ont une certaine date, et en outre, parce qu'ils sont d'une importance réelle, nous les annonçons sans tarder davantage, et en attendant qu'il puisse être donné place à l'examen détaillé dont ils doivent être l'objet.

En première ligne, nous signalerons le cinquième volume du *Traité de l'instruction criminelle* ou *Théorie du Code d'instruction criminelle,* par M. Faustin Hélie, conseiller à la Cour de cassation. Ce volume traite spécialement de l'instruction écrite et de la détention préalable. C'est une monographie dans un traité général, monographie importante qui embrasse d'une manière complète tout ce qui a trait à l'information préalable que dirige le juge d'instruction. Cette matière immense, tant à raison des questions qu'elle soulève, qu'à raison de la multiplicité des actes qu'elle comporte, comprend, dans ses principales divisions : l'organisation des juges d'instruction ; l'énumération et les limites de leurs

Digitized by Google

attributions; les règles de leur compétence; les conditions auxquelles sont soumises les dénonciations et les plaintes; la théorie des preuves; l'information proprement dite, c'est-à-dire les actes de constatation faits par le juge et l'audition des témoins; les visites domiciliaires et les saisies; les expertises et les principes qui dirigent leurs opérations; les commissions rogatoires; la vérification des écritures et des pièces à conviction; les interrogatoires des inculpés; la délivrance des mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt; la mise en liberté provisoire sous caution; les mesures prises dans les maisons d'arrêt à l'égard des prévenus; enfin, la clôture de la procédure écrite. — Tout cela est dans le 5e volume du livre de M. Faustin Hélie. Nous apprécierons, dans une prochaine livraison, les détails de cette composition savante.

Après ce volume, nous devons signaler celui que deux auteurs bien connus, et déjà honorablement placés dans la science, MM. G. Massé, juge à Reims, et Ch. Vergé, docteur en droit, rédacteur en chef du *Compte rendu de l'Académie des sciences morales et politiques*, viennent d'offrir au public. Ce volume, qui doit être suivi de trois autres, a pour objet la traduction et l'annotation nouvelle de l'ouvrage célèbre de Zachariæ sur le Droit civil français. Dans l'accomplissement de leur tâche, les auteurs se sont proposé de conserver du livre de Zachariæ tout ce qui en a fait le succès, et, en même temps, de modifier ce qui, dans ce livre, déroute nos habitudes françaises. Dans ce but, les auteurs reproduisent en son entier, la partie purement doctrinale; mais ils substituent à l'ordre et aux divisions de Zachariæ, l'ordre si rationnel du Code Napoléon; et en même temps, ils ajoutent au texte par des notes nombreuses dans lesquelles ils présentent le développement progressif de la doctrine et de la jurisprudence. L'entreprise est trop importante pour qu'elle passe sous silence dans cette *Revue :* nous y reviendrons pour en mesurer la portée doctrinale.

Nous en disons autant de l'*Essai sur les récompenses sous le régime de la communauté légale*, publié par M. Mennesson, docteur en droit, avocat à Laon; du *Cours de Code pénal*, donné par M. Bertauld, professeur à la Faculté de droit de Caen, et des *Bourses de commerce*, par M. Mollot, juge du tribunal de la Seine. Quoique restreints dans leur objet, ces ouvrages méritent de fixer l'attention des jurisconsultes. Ils seront aussi l'objet d'un examen particulier.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les recueils en mai 1853.

SOMMAIRE.

1. *Enfant naturel; neveux légitimes; droit successif.* — Est-ce aux trois quarts de la succession, ou seulement à la moitié, que l'enfant naturel est appelé quand il concourt avec des descendants de frères ou de sœurs?

2. *Testament olographe; fausse date; fraude; preuve.* — En principe, le testament olographe fait foi de sa date jusqu'à inscription de faux, du moment que son écriture est reconnue; mais il en est autrement quand ce testament est attaqué pour dol et fraude.

3. *Testament olographe; légataire universel; vérification d'écriture.* — Est-ce au légataire ou à l'héritier qu'incombe le fardeau de la preuve de la vérification d'écriture, au cas d'un testament olographe contenant un legs universel en l'absence d'héritiers à réserve?

4. *Quotité disponible; réserve; héritier renonçant; cumul.* — L'héritier, donataire sans préciput, qui renonce à la succession peut-il retirer son don jusqu'à concurrence du disponible et de sa part de réserve cumulés?

5. *Testament authentique; impossibilité de signer; lecture.* — Dans les formalités exigées pour le testament authentique ne se trouve point la lecture à donner au testateur de sa déclaration de ne pouvoir signer ni dès lors la mention de cette lecture. Renvoi.

6. *Communauté; reprises.* — Les reprises d'un époux sur sa communauté sont de nature mobilière ou immobilière, selon que le résultat donne à cet époux des meubles ou des immeubles. Renvoi.

7. *Contrat de mariage; non-présence d'une partie; stipulation de régime dotal; communauté.* — Le contrat de mariage passé hors la présence de la future, par son père, stipulant pour elle sans procuration, est frappé de nullité; et malgré la stipulation qu'il contient du régime dotal, c'est à la communauté légale que les époux sont alors soumis. Dans ce cas, la somme donnée à l'époux comme constitué en dot entre dans cette communauté.

8. *Prescription; rentes.* — Est-ce de la date même du titre, ou seulement de l'échéance du premier terme d'arrérages, que la prescription d'un capital de rente commence à courir? Renvoi.

Les recueils de jurisprudence nous offrent, pour ce mois de mai, une très-abondante moisson d'arrêts susceptibles d'observations importantes, tellement abondante que malgré le soin que

Digitized by Google

nous prendrons de traiter très-brièvement les points qui font l'objet de notre examen, nous ne pourrons probablement (à cause surtout du long développement que nous aurons à donner à l'une des questions) relever qu'une partie des décisions que nous nous proposions de discuter.

I. — Paris, 20 avr. 1853 (*Devill.* 53, 2, 318). — Et d'abord voici une solution qui, bien qu'elle soit admise par le plus grand nombre des arrêts qui ont jugé la question, n'en est pas moins, selon nous, contraire aux principes. Cette question est celle de savoir si, quand un enfant naturel est en concours pour une succession, avec des neveux et des nièces légitimes du défunt, c'est aux trois quarts des biens, ou seulement à la moitié, que l'art. 757, C. Nap., lui donne droit; et la cour de Paris se décide ici pour les trois quarts. Or, quoique cette solution, repoussée, il est vrai, par quelques arrêts (notamment un arrêt de Rennes, chambres réunies, du 26 juillet 1843), soit consacrée par d'autres arrêts plus nombreux (et notamment dans les motifs d'un arrêt de la chambre civile de la cour de cassation du 31 août 1847), nous n'en pensons pas moins qu'elle est erronée.

Tout ce qu'on a dit dans le sens du récent arrêt de Paris peut se résumer en ceci : « L'art. 757 donne trois quarts à l'enfant naturel toutes les fois que le défunt ne laisse, dans sa parenté légitime, ni descendants, ni ascendants, ni frères ou sœurs; donc c'est à cette quotité qu'il a droit, quand il n'existe pas de parents d'une de ces trois classes, et qu'il n'y a que des neveux ou nièces. En vain, on argumente de plusieurs autres articles pour prétendre que les neveux et nièces, et plus généralement tous les descendants de frères ou sœurs étant assimilés, en matière de succession, aux frères et sœurs eux-mêmes, on doit dès lors regarder les premiers comme compris dans toute disposition relative aux seconds; car cette assimilation des descendants de frères et sœurs aux frères et sœurs est bien écrite, il est vrai, dans les dispositions relatives aux successions régulières, mais elle n'est pas reproduite par le Code dans la section des successions irrégulières, et elle ne doit plus s'appliquer dès lors quand il s'agit d'une succession à laquelle sont appelés des enfants naturels. »

Or, voici ce qui réfute ce raisonnement et justifie la doctrine contraire :

1° Il est très-vrai que les règles générales qui sont posées

Digitized by Google

pour les successions ordinaires ou régulières ne régissent pas (du moins, pas toutes) les successions irrégulières, qui ont leurs règles spéciales dans le chapitre IV du titre des successions ; mais il est, au contraire, profondément faux, et supposé bien à tort par l'argument ci-dessus, qu'une succession devienne irrégulière et soustraite aux règles générales dont il s'agit, parce qu'un enfant naturel y est appelé en concours avec des héritiers légitimes. Ce n'est que par inattention qu'on a pu admettre cette fausse idée, formant la base implicite du système ici combattu, base qu'on n'a pu prendre, précisément, que parce qu'on l'a fait implicitement et sans la discuter ni l'examiner. La raison dit assez, en effet, que quand une succession est dévolue simultanément à des héritiers légitimes et à un enfant naturel, cette succession n'est irrégulière que pour l'enfant naturel et reste parfaitement régulière pour les héritiers légitimes, que la présence du bâtard ne saurait certes empêcher d'invoquer les règles générales qui les concernent. Ainsi, quand avec l'enfant naturel on a, d'une part, un premier enfant légitime, puis deux petits-enfants fils d'un second enfant légitime prédécédé, est-ce qu'on n'appellera pas les deux petits-enfants à concourir avec l'enfant légitime par représentation de leur père et en ne comptant que pour une tête ? L'affirmative est certes bien évidente, et l'arrêt même que nous critiquons ici proclame que la présence de l'enfant naturel ne saurait faire obstacle à l'application, pour les héritiers légitimes, du principe de la représentative et du partage par souches. Mais s'il en est ainsi, c'est donc que la succession est bien une succession régulière et soumise aux règles ordinaires et du droit commun pour ce qui est des héritiers légitimes. Or, comment voulez-vous distinguer et scinder dans cette idée aussi simple que manifeste ? comment voulez-vous que la présence du bâtard fasse plutôt cesser l'application des principes et du droit commun, quand il s'agira d'enfants de frères ou sœurs, que quand il s'agit d'enfants de fils ou filles ?... de même que cinq petits-enfants, dont deux descendent d'un premier fils et les trois autres d'un second, pourront toujours venir, aussi bien quand il y a un enfant naturel que quand il n'y en a pas, par représentation et par souche, attendu que la représentation qui fait légalement revivre les deux fils en la personne des petits-fils est un principe de droit commun auquel le droit exceptionnel du bâtard ne peut porter atteinte, de même cinq neveux descendant de deux frères vien-

Digitized by Google

draient, qu'il y ait ou n'y ait pas d'enfant naturel, par représentation de ces deux frères, malgré la négation illogique et incohérente du système contraire, puisque la représentation est admise pour les descendants de frères et sœurs aussi bien que pour les descendants de fils et filles, et qu'elle est évidemment pour les uns aussi bien que pour les autres un principe de droit commun que le droit exceptionnel relatif à la bâtardise ne peut pas briser.

2° On voit par ce qui précède que les descendants de frères ou sœurs trouvent dans le principe de la représentation un moyen de réduire en toute hypothèse, et dans tous les cas, à une moitié de la succession l'enfant naturel qui concourt avec eux, puisque d'une part, c'est toujours et partout (et soit qu'ils se rencontrent avec des frères et sœurs survivants, soit qu'ils se trouvent seuls et tous au même degré, formant d'ailleurs plusieurs souches ou une seule souche, peu importe) qu'ils sont libres d'user de ce principe, et que d'autre part l'effet de ce principe sera précisément de les faire devenir, légalement et fictivement, frères et sœurs du défunt. Mais ils n'ont pas besoin de ce principe pour arriver à ce résultat, ils l'obtiendraient de même alors que ce principe n'existerait pas ou ne serait pas invoqué par eux ; et c'est bien à tort, dès lors, qu'on a qualifié la doctrine que nous soutenons ici de *système de la représentation*. On vient de voir, en effet, que l'irrégularité dont une succession est frappée quant à l'enfant naturel qui vient y prendre part ne saurait l'empêcher d'être parfaitement régulière pour les héritiers légitimes avec lesquels il concourt, et que par conséquent le droit exceptionnel qui concerne le premier ne saurait faire obstacle à l'application pour ceux-là des principes de droit commun qui les régissent ; or il est bien évident que la règle qui assimile aux frères et sœurs les descendants de ces frères et sœurs, et qui les range dans une même classe (c'est-à-dire dans le second des quatre ordres d'héritiers légitimes), constitue elle-même, et tout aussi bien que la représentation, l'un des principes de droit commun de la matière des successions. Cette règle existe donc aussi bien au cas de concours d'un enfant naturel que partout ailleurs ; et l'art. 757, dès lors, quand il parle des frères et sœurs, comprend par là même leurs descendants, sans qu'il eût besoin de le dire, de même qu'ils sont compris avec eux, *de l'aveu de tout le monde*, dans l'art. 752, *qui ne le dit pas davantage*.

Digitized by Google

3° Un autre rapprochement prouve par *à fortiori* l'exactitude de cette solution. Il est évident, en effet, et reconnu par l'arrêt même que nous combattons, que c'est sur la plus ou moins grande faveur des héritiers avec lesquels l'enfant naturel concourt, que l'art. 757 mesure la quotité qu'il accorde à cet enfant, en lui donnant un tiers seulement en présence de descendants, moitié en présence d'ascendants ou de frères et sœurs, puis trois quarts avec d'autres. D'autre part, on sait que les père et mère, ainsi que les frères et sœurs *et descendants d'eux*, appartiennent tous au second ordre d'héritiers, tandis que les ascendants autres que ces père et mère sont rejetés au troisième, le quatrième étant formé par les collatéraux simples. Or, puisque la loi, en rangeant ici ces quatre ordres d'héritiers en trois classes (dont l'une prendra deux tiers, la seconde une moitié, et la troisième un quart seulement), met dans la seconde classe non-seulement les frères et sœurs, mais aussi les ascendants autres que les père et mère, qui sont *du troisième ordre*, comment voudrait-on que sa pensée ne fût pas d'y comprendre également les descendants de frères ou sœurs, qui sont *du second*, aussi bien que ces frères et sœurs eux-mêmes ? La loi procédant ici d'après le degré de faveur, comment veut-on rejeter au troisième rang l'héritier plus favorable, alors que l'héritier moins favorable est par elle mis au second?

4° Cette volonté du législateur, au surplus, a été sur ce point nettement manifestée dans les travaux préparatoires. D'une part, en effet, la partie de l'art. 757 qui fait l'objet de la difficulté y fut ajoutée après coup et lors de la discussion, pour que l'article, fut-il dit, concordât avec les dispositions qui règlent le concours *entre les ascendants et les frères* (or on sait que ces dispositions mettent les neveux sur la même ligne que les frères). D'autre part, l'exposé officiel des motifs déclare que l'article s'entend *des frères* OU DESCENDANTS D'EUX (Fenet, XII, p. 27, 29 et 150). On peut, du reste, pour plus de développement, voir sur cette question soit l'excellent travail que notre savant collaborateur M. Pont a publié dans la *Revue de législation* (1846, t. I, p. 103), et qui se trouve aussi dans le Recueil de M. Devilleneuve (47, 1, 785), soit le n° 2 du commentaire de l'art. 757 dans notre *Explication du Code* (t. III, 4e ou 5e édit.).

II. — REQ. 22 FÉVR. 1853 (*Dev.* 53, 1, 328). — C'est un point encore obscur, difficile, et sur lequel on est peu d'accord dans la

Digitized by Google

théorie du droit civil, que la détermination de la nature du testament olographe.

Pour les uns, le testament olographe, puisqu'il émane d'une personne qui n'est en définitive qu'un simple particulier, n'est rien autre chose qu'un acte sous seing privé ordinaire, soumis dès lors en tout et pour tout aux mêmes règles que tout autre acte sous seing privé.

Selon d'autres, c'est, au contraire, un acte authentique, parce que « celui à qui la loi permet de commander à l'avenir, et de « disposer pour le temps où il ne sera plus, exerce en quelque « sorte la puissance législative, en sorte que la loi place mo- « mentanément le testateur dans la classe des fonctionnaires pu- « blics » (*motif d'un arrêt de la cour suprême du 29 avr. 1824*).

Entre ces deux extrêmes, se présente une idée intermédiaire à laquelle semblent vouloir s'arrêter définitivement la plupart des arrêts, et que nous croyons, en effet, conforme à la vérité. Voici ce qu'on admet dans ce système intermédiaire, qui est le nôtre, et qui paraît devoir devenir, s'il ne l'est déjà, celui de la jurisprudence.

Le testament olographe n'est, à la vérité, qu'un acte sous seing privé; mais ce n'est pas un acte sous seing privé ordinaire, c'est un acte *sui generis*, d'une nature toute spéciale et qui jouit de plusieurs des prérogatives de l'acte authentique, sans les avoir toutes.

Et d'abord le testament olographe n'est point un acte authentique, mais un acte sous seing privé. C'est une première idée que reconnaissent maintenant, explicitement ou implicitement, tous ou presque tous les arrêts, même ceux de la cour suprême (qui avait quelquefois dit le contraire, comme on l'a vu plus haut), idée qu'on avait, en effet, grand tort de nier, puisqu'elle est écrite en toutes lettres dans le Code lui-même. L'art. 999, en effet, nous dit formellement que le testament olographe est un *acte sous signature privée*, et il le dit précisément en le mettant en opposition avec le testament par *acte authentique*. C'est donc un acte privé, non un acte public; et la première conséquence qui découle de là, conséquence qu'avaient niée d'anciens arrêts (Turin, 10 janv. 1809; Caen, 4 avr. 1812), mais que tous reconnaissent aujourd'hui, c'est que quand on conteste la sincérité d'un pareil acte, quand on le prétend faux, quand on nie qu'il soit l'œuvre de celui dont il paraît émaner, ce n'est pas à une

Digitized by Google

inscription de faux que la contestation donne lieu, par application des règles relatives à l'acte authentique, mais tout simplement à une vérification d'écriture, d'après les règles des actes sous seing privé. Nous allons bientôt voir cette conséquence reconnue par de nombreux et récents arrêts, notamment par l'arrêt de rejet que nous relevons ici.

Mais si le testament olographe n'est qu'un acte privé, et si pour cela l'attaque dirigée contre la sincérité de sa signature ou du reste de son écriture ne donne lieu qu'à une simple vérification et non à l'inscription de faux, cet acte n'est pas en tout sur la même ligne que les autres actes privés, et une fois que son écriture est reconnue, soit par l'aveu formel ou tacite des intéressés, soit judiciairement après contestation, toute autre attaque dirigée contre la sincérité de son contenu et notamment contre la véracité de la date qu'il porte, ne peut plus procéder que par la voie rigoureuse de l'inscription de faux, comme s'il s'agissait d'un acte authentique. Cette règle, il est vrai, n'est formellement écrite nulle part, et nous ne saurions trouver pour elle un texte de loi précis, comme nous trouvons l'art. 999 pour nous dire que le testament olographe n'est qu'un acte privé; mais elle ressort assez de la nature même des choses et des traditions de notre ancien droit, et c'est avec grande raison qu'elle est partout admise par la jurisprudence.

S'il y a, en effet, exagération à dire, comme le faisait la cour de cassation dans l'arrêt du 29 avril 1824, que la loi, en permettant à un citoyen de tester olographement, le place par cela même, quant à la rédaction de ce testament, dans la classe des fonctionnaires publics, et si c'est se mettre en contradiction avec le Code lui-même que de voir dans l'œuvre de ce citoyen un acte authentique, alors que ce Code prend la peine de déclarer très-nettement que ce n'est là qu'un acte sous signature privée, au moins faut-il avouer que cet acte (quand il sera bien reconnu émaner de celui auquel on l'attribue) est d'une tout autre nature et doit avoir, dans la pensée du législateur, une tout autre force probante que les actes privés ordinaires, qu'un acte de vente, de louage ou autre. Sans doute le testateur mettant par écrit ses dernières volontés n'est pas précisément un fonctionnaire public, mais il mérite évidemment, tant à raison des pouvoirs dont la loi l'investit dans cette circonstance que par la solennité de l'œuvre qu'il accomplit ainsi sous le regard de Dieu et

Digitized by Google

en face de l'éternité, une foi plus grande que dans les actes ordinaires de la vie, et l'écrit, pour ainsi dire sacré, qu'il rédige alors, s'il n'est pas proprement un acte authentique, commande néanmoins, pour la véracité de son contenu, la même croyance et appelle la même protection qu'un acte authentique. L'affirmation du testateur n'est pas celle d'un officier public, mais elle est celle d'un mourant, investi par la loi de pouvoirs analogues à ceux de l'officier public. Aussi notre ancien droit se gardait-il de regarder le testament olographe comme un acte ordinaire. Bourjon, dans son *Droit commun de la France* (t. II, p. 303), nous apprend que partout il faisait foi pleine et entière ; Basnage, sur l'art. 422 de la Coutume de Normandie (alin. 41), enseigne que « la preuve qu'un testament olographe a été antidaté « n'est point recevable » et il cite un arrêt conforme rendu par le parlement de Rouen le 21 juin 1622 pour le testament de Nicolas Duchemin, escuïer, sieur de la Vaucelle, arrêt confirmatif d'une sentence semblable du juge de Saint-Lô ; on trouve au tome V du *Journal des audiences*, un arrêt par lequel le parlement de Paris juge de même le 11 avril 1704, pour le testament du sieur de Sainctot; Brillon (v° Testament, n° 12) rapporte une sentence du Châtelet, du 22 août 1712, appliquant la même règle pour le testament d'une dame Dauvergne ; Ricard (*Donat.*, 1re part., n° 1491) et Auroux des Pommiers (*Cout. de Bourbonnais*, art. 289, n° 16) présentent la même doctrine ; enfin, Henrys et son annotateur Bretonnier (t. Ier, p. 673 et 674), puis Duplessis (*tr. des Testam.*, liv. III, ch. II, sect. 5), admettent si bien que le testament olographe, du moment qu'il est reconnu pour être entièrement écrit et signé par le défunt et qualifié par lui de testament, est équipollent à l'acte authentique, que sans même prendre la peine de formuler cette idée (trop bien admise partout pour avoir besoin d'être exprimée), ils se contentent d'expliquer que si la dernière des conditions ci-dessus indiquées manquait, le testament *ne passerait que pour un acte sous seing privé*, et Bretonnier cite à l'appui un arrêt également indiqué par Charondas, du 13 janvier 1560. Or qui ne comprend que si le législateur de 1804 eût voulu changer ces anciens principes, il eût pris la peine de le dire quelque part ; et n'est-il pas certain, dans le silence du Code à cet égard, que ses rédacteurs, imbus tous de ces anciens principes, ont entendu les perpétuer ?

Ainsi donc, les deux idées qu'il faut ici saisir et qui sont éta-

Digitized by Google

blies, l'une par l'art. 999, l'autre par la tradition, c'est 1° que le testament olographe est un acte sous seing privé, donnant lieu par conséquent, lorsqu'il n'est pas reconnu, à la simple vérification d'écriture et non pas à l'inscription de faux ; 2° que ce n'est pas un acte sous seing privé ordinaire, et que quand il est reconnu, sa véracité ne peut être attaquée que par l'inscription de faux, comme s'il était acte authentique.

Ces deux idées, dont l'une va nous servir puissamment pour la question, si vivement controversée, qui fait l'objet du numéro suivant, sont formellement et simultanément proclamées par le nouvel arrêt de rejet que nous signalons ici, ainsi que par l'arrêt de la cour de Caen, du 10 févr. 1852, contre lequel était dirigé le pourvoi. L'arrêt de Caen, en effet, avait nettement déclaré que la fausseté de la date du « testament olographe *dont l'écri-* « *ture est reconnue*, ne peut être établie *que par la voie de l'in-* « *scription de faux*, » et la chambre des requêtes répète dans les mêmes termes « qu'un testament olographe, *dont l'écriture est* « *reconnue*, fait pleine foi de sa date et que la fausseté de cette « date ne peut être établie *que par la voie de l'inscription de* « *faux*. » Ce principe était d'ailleurs consacré déjà par de précédents arrêts comme par la doctrine, notamment par les arrêts de rejet, 11 août 1851, Douai, 15 avril 1845, Nancy, 5 juill. 1843, et M. le conseiller rapporteur d'Oms a pu dire ici avec vérité, tout en reconnaissant que le testament olographe n'est *qu'un écrit privé*, qu'il est *incontestable* que celui *dont l'existence n'est pas contestée* fait *pleine foi de sa date*.

Au surplus, ce n'est pas là seulement ce que décident les deux arrêts de Caen et de rejet que nous relevons ici, et ils ne proclament le principe ci-dessus que pour consacrer l'une des deux exceptions qu'il comporte. Ces arrêts jugent, en effet, que par dérogation au principe dont il s'agit la fausseté de la date du testament olographe reconnu peut être prouvée par témoins, et dès lors aussi par présomptions, quand l'ensemble de l'acte est attaqué pour cause de fraude. Or, on ne peut qu'approuver cette solution ; car il est évident, comme le disent très-bien les motifs de l'arrêt des requêtes « que les mêmes manœuvres qui ont « asservi la volonté du testateur, au point de lui suggérer des « dispositions contraires à ses véritables intentions, ont pu tout « aussi bien l'entraîner à donner à son testament une fausse date « pour le reporter à une époque non suspecte ; que l'antidate du

Digitized by Google

« testament n'est pas dans ce cas l'objet direct du procès, puis-
« qu'elle n'est alléguée que comme l'un des éléments de la fraude
« et comme l'un des moyens qui en ont préparé et facilité le
« succès; que dès lors la fausseté de la date du testament peut
« être établie à l'aide des mêmes preuves que la fausseté, (c'est-
« à-dire le caractère frauduleux) de toutes les autres dispo-
« sitions. »

III.—Caen, 17 janv. 1853, 1re Ch.; Caen, 17 janv. 1853, 4e Ch.; Rouen, 15 févr. 1853; Rouen, 16 mars 1853 (*Dall.* 1853, II, 109 *et suiv.*). — C'est, dans cette même matière des testaments olographes, une question tout à la fois bien grave, bien délicate, bien compliquée, bien intéressante, bien étrange à tous égards, et devenue bien fameuse, question pour laquelle le temps n'a fait jusqu'ici que rendre de plus en plus forts ces différents caractères, au lieu de les amoindrir comme il le fait ordinairement, que celle de savoir si, lorsque en vertu d'un tel testament un légataire universel a été mis en possession des biens par ordonnance du juge vu le défaut d'héritier réservataire, et qu'ensuite l'écriture de ce testament est contestée, c'est à ce légataire ou à l'héritier du sang qu'incombe la nécessité de faire la preuve dans la vérification de cette écriture.

Nombre de fois déjà nous avons eu l'occasion de discuter cette grosse et singulière question, notamment dans les diverses éditions de notre *Explication du Code* (pour chacune desquelles de nouveaux éléments sont toujours venus nous contraindre à un débat nouveau), puis dans la *Revue de droit français et étranger* (1847, p. 933), puis enfin dans cette *Revue critique* elle-même, où nous l'avons agitée trois fois déjà (1851, p. 277; 1852, p. 329, et p. 707). Mais l'une des particularités de cette question, c'est de se représenter devant les tribunaux avec une fréquence extrême, une fréquence dont on ne trouverait nulle part un second exemple; et après avoir écrit dans cette Revue les deux articles de l'année dernière pour des arrêts encore tout récents (juin 1851 et juillet 1852), nous retrouvons ici dans le 5e cahier de MM. Dalloz, sur cette même question, quatre nouveaux arrêts, rendus tous quatre dans le court intervalle de deux mois (du 17 janvier au 16 mars). Deux de ces arrêts, ceux de la cour de Caen, sont conformes à notre sentiment, c'est-à-dire qu'ils imposent la preuve au légataire, les deux autres, ceux de la cour de Rouen, lui sont contraires.

Digitized by Google

A. Si nous n'avions à discuter ici que ces nouveaux arrêts, notre tâche serait bien légère, et nous pourrions même nous contenter, pour démontrer l'inexactitude des solutions de la cour de Rouen, d'un renvoi pur et simple à nos précédentes et dernières observations ; car ces observations contenaient à l'avance la réfutation la plus nette, la plus précise et la plus insistante du motif sur lequel cette cour s'est basée pour son second arrêt, et quant au premier, il est vrai de dire qu'il ne contient aucun motif. Aux pages 708-711 du tome précédent de la Revue, nous avons de nouveau discuté et réduit à sa valeur réelle, (c'est-à-dire à zéro, si nous ne nous trompons) l'argument auquel la cour suprême, après avoir depuis trente ans essayé de cinq ou six autres raisonnements qu'elle a successivement reconnus mauvais, s'est arrêtée dans ces dernières années, et sur lequel était motivé son arrêt, portant cassation, du 21 juill. 1852; or, comme la cour de Rouen, dans l'arrêt qu'elle vient de rendre en audience solennelle sur le renvoi de cette cassation, n'a trouvé rien de mieux à faire que de reproduire cet argument dix fois réfuté, notre réfutation de l'arrêt de cassation devient ainsi la réfutation du nouvel arrêt de Rouen.

N'est-ce pas, en vérité, quelque chose de bien étrange (et de bien triste aussi tout à la fois), que la facilité avec laquelle une idée fausse se reproduit encore de bouche en bouche et de livre en livre pendant des années, même après qu'elle a été mainte et mainte fois discutée, examinée et nettement démontrée fausse ? La question qui nous occupe en est un nouvel exemple... Si, d'après le système par nous combattu, le légataire universel (prétendu) dont il s'agit dans cette question n'a aucune preuve à faire, et doit être maintenu en jouissance paisible de la succession tant que l'héritier du sang n'aura pas prouvé contre lui, que le prétendu testament n'émane pas du défunt, c'est, nous dit la cour de cassation, *parce que cet individu est de droit et de fait, en possession des biens, en vertu d'un acte que la loi a revêtu* D'UNE NATURE ET D'UNE FORCE D'EXÉCUTION PARTICULIÈRES. Ainsi, le raisonnement de la cour suprême consiste dans ces deux propositions :

« Le testament olographe, bien qu'il ne soit qu'un écrit privé, n'est pas un écrit privé ordinaire : c'est un acte *sui generis*, jouissant *d'une force d'exécution qui lui est spéciale* et dont ne jouit aucun autre acte sous seing privé; — DONC celui qui, par l'effet

Digitized by Google

régulier d'un tel acte, se trouve, en fait comme en droit, possesseur des biens héréditaires ne peut plus avoir aucune preuve à faire, et c'est à l'héritier naturel qui veut lui enlever les biens par le motif que le prétendu testament est faux, à prouver lui-même la fausseté du testament. »

Or à ceci nous avons répondu, non pas une fois mais dix fois (tantôt par écrit, soit dans notre *Explication du Code*, soit dans les passages précités de cette Revue, tantôt verbalement, en plaidant devant la cour suprême, lors de ses arrêts des 13 mars 1849 et 23 janvier 1850), que cet argument est mauvais et *deux fois mauvais*. Il serait d'abord mauvais comme argument, en ce que la seconde proposition, lors même qu'elle serait parfaitement exacte en elle-même, comme l'est la première, ne serait toujours pas une conséquence de celle-ci, l'une n'ayant aucun rapport avec l'autre. Il est mauvais encore et surtout, en ce que cette seconde proposition est aussi fausse que la première est exacte. En d'autres termes l'argument est vicieux : 1° en ce que, quand même la seconde proposition serait vraie en elle-même, elle ne saurait être une conclusion des principes dont on veut la déduire ; 2° en ce que cette proposition est au contraire complétement et profondément fausse. Dire que le testament olographe est un acte *sui generis* et qui jouit d'une force d'exécution qui lui est rigoureusement propre et spéciale, c'est énoncer une vérité parfaitement incontestable ; mais dire ensuite que le titulaire d'un tel acte est, *par conséquent*, dispensé de prouver l'existence contestée de son titre, c'est d'abord mal procéder en déduisant l'une de l'autre deux idées qui ne peuvent avoir entre elles aucun rapport de principe à conséquence, c'est de plus, et à part le vice du raisonnement, émettre une grave erreur.

« Sans doute le testament olographe n'est pas un acte sous seing privé, du même genre que les autres écrits privés, c'est un acte privé d'une classe à part, et que la loi soustrait sur certains points aux principes ordinaires pour lui donner des règles particulières, des effets particuliers. Mais en quoi, comment, sur quels points l'acte échappe-t-il ainsi aux principes généraux pour avoir ses effets spéciaux, sa force spéciale d'exécution ? en quoi consistent ces règles particulières dérogeant ici au droit commun ? c'est ce que la cour de cassation ne dit pas, et ce qu'il est pourtant aussi nécessaire que facile de dire. La cour de cassation ne le dit pas, et ce seul fait devrait suffire, aux yeux de

Digitized by Google

tout homme intelligent et non prévenu, pour faire répudier son système; car c'est le propre de l'erreur de s'envelopper ainsi dans le vague et l'obscurité : il en est des raisonnements de l'homme comme de ses actes, celui qui procède mal craint la lumière, *qui malè agit odit lucem*. Quelles sont donc, encore une fois, ces règles particulières, où sont-elles écrites, en quoi consistent-elles? Elles sont écrites dans les art. 1006 et 1008, et elles consistent en ceci : tandis que tout autre acte sous seing privé ne pourrait produire aucun effet, recevoir aucune exécution ni conférer aucun droit au bénéficiaire, du moment où la signature du titre serait déniée ou méconnue par celui auquel on l'oppose, en sorte que la dénégation ou la méconnaissance, tout d'abord et jusqu'après vérification d'écriture, enlèvent toute espèce de valeur à l'acte et le rendent comme inexistant et non avenu, le testament, au contraire, fût-il purement apparent et complétement faux, confère au titulaire, à l'instant même et avant toute vérification, le droit de possession des biens qui en sont l'objet et la faculté de se faire envoyer, arrière même des intéressés et sans qu'il soit besoin de les avertir, en possession de fait et jouissance effective de ces mêmes biens, en sorte que ses adversaires ne pourront venir contester l'acte et rendre la vérification nécessaire qu'à la charge de respecter sa qualité de possesseur. Voici, ni plus ni moins, en quoi consiste ici l'effet particulier du testament olographe, sa force spéciale d'exécution : c'est de conférer au bénéficiaire immédiatement et quand même, nonobstant toute contestation et avant vérification, la possession de fait et de droit et les conséquences légales de cette possession. La loi n'apporte ici au droit commun aucune autre dérogation; et comme là où s'arrêtent les exceptions, les principes reprennent leur empire, c'est donc aux principes ordinaires qu'il faut ici revenir pour tout ce qui ne contredit pas ce droit de possession du légataire réel ou prétendu. Or, comme dans toute vérification d'écriture c'est celui qui invoque l'acte à vérifier qui est demandeur en vérification (et doit dès lors prouver la sincérité de l'acte), alors même que, soit *par sa qualité de possesseur*, soit par toute autre circonstance, il ne serait que défendeur au principal dans le procès qui s'agite, c'est donc bien au légataire prétendu de faire ici la preuve. »

« Au résumé, le raisonnement vicieux et tronqué de la cour de cassation n'est qu'une confusion du possessoire avec le péti-

Digitized by Google

toire. La force d'exécution particulière dont jouit ici le testament olographe consistant, ni plus ni moins, en ce que l'acte confère au bénéficiaire en droit et en fait, *la possession*, il s'ensuit bien cette double conséquence, 1° que pour une simple question de possession, le légataire serait à l'abri de toute attaque, et 2° que même pour la question de propriété (la seule que soulève l'action de l'héritier), il est encore affranchi de la preuve de demande, que sa qualité de possesseur (en lui donnant le rôle de défendeur au principal) rejette sur son adversaire; mais il ne peut être affranchi que de celle-là; il reste soumis, une fois qu'elle est faite, à sa preuve d'exception; et c'est prendre le change, ou en tout cas faire de l'arbitraire, que de transporter à la question *de propriété* le bénéfice péremptoire, mais dérogatoire au droit commun, que le Code introduit seulement pour *la possession.* »

C'est là ce que nous avons dit et répété en divers termes et à diverses reprises; c'est là aussi ce que bien d'autres que nous ont parfaitement compris, notamment la cour de Caen, dont les deux récents arrêts (que nous engageons vivement le lecteur à étudier avec soin) réfutent parfaitement l'argument stéréotypé de la cour de cassation. C'est après avoir insisté de nouveau sur ces idées, que dans notre dernier article et à l'occasion de l'arrêt de cassation sur le renvoi duquel vient de statuer la cour de Rouen, nous disions : « Si la cour devant laquelle l'affaire est renvoyée « se montrait aussi indépendante et aussi attachée aux vrais « principes que la cour de Caen; si, au lieu *d'adopter servilement* « *le motif de la cour de cassation*, elle formulait énergiquement « ceux que la saine doctrine indique, mettant ainsi, comme doit « le faire tout homme vraiment homme, l'autorité de la raison « au-dessus de la raison de l'autorité, n'est-il pas à croire que « la cour suprême, dans le débat solennel de ses sections assem- « blées, arriverait à proclamer les vrais principes, ou tout au « moins à trouver quelque chose de plus spécieux, de plus satis- « faisant que l'argument, tant de fois réfuté, auquel elle s'en « tient depuis quelques années. » — Et pour présenter sous une forme aussi saillante que possible le résumé de notre discussion, nous ajoutions : « Il suffirait pour cela de répondre, au motif de « la cour de cassation, par ces motifs bien simples : — *Attendu* « *qu'à la vérité, le testament olographe est investi d'un caractère* « *et d'une force d'exécution tout particuliers; mais que ce caractère* « *et cette force d'exécution consistant ici à procurer au légataire*

Digitized by Google

« LA POSSESSION *des biens, le débat se reduit dès lors à savoir quelle* « *est l'influence de* LA POSSESSION *sur la question* DE PREUVE; — *attendu que*, etc., etc. » (les douze lignes suivantes établissaient que ce bénéfice de possession, résultant de la force d'exécution toute spéciale du testament, rendait bien le légataire simple défendeur au principal, mais ne l'empêchait pas d'être demandeur en vérification et d'avoir à prouver dès lors la sincérité de l'écriture.)

Or que fait en présence de tout ceci la cour de Rouen dans son dernier arrêt? La cour de Rouen se remet à copier la phrase stéréotypée de la cour de cassation, et nous dit imperturbablement : — *Attendu que le légataire est ici saisi de plein droit par la mort du testateur; que l'ordonnance d'envoi vient réunir la possession de fait à sa possession de droit ; que la loi attribue donc au testament olographe* UNE FORCE D'EXÉCUTION QUI LUI EST PROPRE; *que par conséquent le légataire n'a rien à faire ni rien à prouver !*

Que voulez-vous dire à cela, sinon que la docilité est une grande vertu, et que la cour de Rouen la pratique ici d'une manière tout exemplaire!

Toutefois, la logique a bien aussi ses droits, l'indépendance son mérite et ses avantages; et certains esprits pourront bien préférer la manière de voir et de procéder de la cour d'appel de Caen. Cette cour, loin de croire, comme celle de Rouen, que l'allégation de *la force d'exécution particulière du testament olographe* dût couper court à toute espèce de raisonnement et d'examen, a résolûment discuté ces idées d'acte *sui generis* et de *force d'exécution particulière*, elle les a nettement réduites à leur valeur réelle, et malgré les cassations réitérées dont ses arrêts ont été frappés, on la voit rester courageusement fidèle à ses convictions et aux principes. Voici encore ce que disent, en substance, les deux arrêts que, le 17 janvier dernier, rendaient au même moment deux de ses chambres, la première dans l'affaire *Lecesne*, la quatrième dans l'affaire *Bain*.

« CONSIDÉRANT qu'aucune disposition du Code Napoléon ne fait sortir les testaments olographes de la classe des actes sous seing privé, et qu'ils y sont au contraire formellement rangés par l'art. 999; — qu'il suit de là qu'à moins d'exception formelle, les règles relatives aux obligations du porteur d'un acte sous seing privé, comme aux droits de celui auquel on l'oppose,

Digitized by Google

doivent recevoir ici leur application; qu'ainsi, aux termes de l'art. 1323, l'héritier auquel on oppose un testament olographe peut se contenter de déclarer qu'il ne connaît pas l'écriture et la signature de son auteur; — qu'il est évident qu'une telle réponse, qui n'est qu'une défense à l'exception dont on se prévaut contre lui, ne saurait l'obliger à aucune preuve, d'abord parce que, s'il est demandeur sur l'action principale en délaissement de la succession, il devient défendeur à l'exception tirée du testament, et ensuite parce que, se bornant, en vertu de son droit, à une simple négation il ne saurait être contraint à la preuve d'un fait négatif [1]; — que le bénéficiaire du testament, au contraire, demandeur dans son exception, est obligé par l'art. 1315 de prouver l'obligation dont il réclame l'exécution, articule un fait positif qu'il a le devoir et la possibilité de prouver; — CONSIDÉRANT qu'on oppose, il est vrai, à cette théorie que le testament olographe est ici un titre *sui generis* dont l'effet est d'opérer, en faveur du légataire, une saisine que corrobore l'envoi en possession; — mais que cette faveur particulière doit, comme toutes les exceptions, se resteindre à ses termes (par conséquent à la question *de possession*), et qu'elle ne saurait dès lors dépouiller l'héritier (pour la question *de propriété*) du droit qu'il tient de l'art 1323, d'autant mieux que le droit exceptionnel du légataire se concilie parfaitement avec le droit commun qui protége l'héritier, puisqu'il n'y a aucune espèce de contradiction à ce que le premier conserve sa saisine (sa possession de fait et de droit) tout en se constituant demandeur en vérification. »

Que devient en présence de tout ceci cette pauvre et singulière théorie, que *le légataire n'a rien à prouver parce que son titre est*

[1] Nous avions déjà fait remarquer dans notre premier article de la *Revue de droit français*, le plus complet et le plus développé de ceux que nous avons écrits sur la question, que l'impossibilité d'imposer la preuve à l'héritier résulte ici de la force même des choses, puisqu'on ne peut certes pas demander de preuve à celui qui, n'avançant rien, n'alléguant rien, se contente tout simplement de dire : « *j'ignore* si cette écriture est de mon auteur, *je ne la connais pas* pour telle, *je ne sais pas* si elle est de lui. » S'il était forcé de dire positivement *ceci* N'EST PAS *l'écriture du défunt*, il y aurait une allégation précise, qui pourrait au besoin se prouver; mais il ne peut pas être question de preuve pour des *je ne sais pas*, *j'ignore*, *je ne connais pas*. Or cette formule est précisément celle que la loi permet à l'héritier.

Digitized by Google

revêtu d'une FORCE D'EXÉCUTION PARTICULIÈRE *qui lui donne* LA POSSESSION *de droit et de fait ?...* Il serait vraiment temps d'abandonner ces non-sens, comme on a successivement abandonné les six ou sept autres arguments qui l'avaient précédé.

B. Nous avons dit, et on vient d'en avoir la preuve, que s'il ne s'était agi de discuter ici que les deux récents arrêts de Rouen, nous eussions pu, à la rigueur, nous contenter d'un simple renvoi. On a vu, en effet, que les idées de *force d'exécution particulière* et de *possession de fait et de droit* sur lesquelles repose le moins insignifiant de ces deux arrêts se trouvaient réfutées à l'avance plusieurs fois pour une, et qu'il eût pu suffire (si l'insistance qu'on met à reproduire ces idées ne nous eût engagé à en multiplier la réfutation sous diverses formes) de renvoyer le lecteur soit à nos précédents articles de cette Revue, soit à la simple lecture des arrêts de Caen ci-dessus analysés et qui, rapportés au recueil de MM. Dalloz en même temps que les deux arrêts de Rouen, présentent ainsi le remède à côté du mal, et la vérité clairement établie en regard de l'erreur mal dissimulée.

Mais ce n'est pas seulement ces arrêts de Rouen que nous trouvons ici en contradiction avec les vrais principes, c'est aussi une dissertation insérée dans cette Revue même (*sup.*, p. 369-383) et à laquelle la juste autorité du nom de son auteur donne le plus grand poids, puisque cet auteur n'est autre que notre savant collaborateur et ami M. Coin-Delisle. Ancien partisan du système qui impose ici la preuve à l'héritier, M. Coin-Delisle, en voyant tous les auteurs plus récents adopter la doctrine contraire (Zachariæ, t. V, p. 86; Taulier, t. IV, p. 149; Coulon. t. I, p. 368; Duvergier, *sur Toull.*, t. V, n° 503; nous enfin, t. IV, sur l'art. 1008, n° 2), a sans doute craint d'avoir traité trop brièvement la question dans son commentaire *des Donations* (art. 1008, n°s 17 et 18) et il s'est empressé, dans son *Examen doctrinal* de janvier dernier, d'entrer dans la lice pour soutenir de toute la force de sa science et de ses convictions la thèse que la cour suprême, il faut bien le répéter, défend d'une manière si peu satisfaisante.

Ç'a été pour nous, et ce doit être aux yeux de tout ami de la vérité, un fait très-heureux que cette intervention de notre savant confrère dans le débat; car depuis tant d'années que la doctrine de la cour suprême est chaque jour battue en brèche par

Digitized by Google

les auteurs et par les arrêts, il était bien désirable qu'elle fût enfin défendue par des moyens plus solides que celui auquel nous avons eu si souvent à répondre dans ces derniers temps; et l'étrange argument fondé sur LA POSSESSION *de fait et de droit* que donne au légataire LA FORCE D'EXÉCUTION PARTICULIÈRE *de son acte* avait été réfuté bien assez de fois pour qu'on passât à autre chose... C'est ce que fait ici M. Coin-Delisle. Sentant bien l'insuffisance des divers arguments qu'on avait jusqu'ici présentés à l'appui du système, le laborieux et profond écrivain s'est mis à en chercher de nouveaux, et il a su lui trouver une base complétement inaperçue jusqu'alors et selon lui parfaitement solide. Examinons donc ce travail nouveau; car si, la thèse de la cour suprême n'est pas enfin justifiée par lui, on devra désespérer qu'elle le soit jamais.

La dissertation de M. Coin-Delisle peut se diviser, quant au fond des idées, en deux parties distinctes. D'une part, elle présente çà et là, incidemment et en passant, quelques objections tout à fait secondaires dont plusieurs se trouvent déjà réfutées d'avance par nos précédentes observations, pour les principales desquelles il nous suffira de quelques mots de réponse; puis, au milieu de ces objections éparses, on trouve le fond même de la dissertation, qui consiste en deux arguments nouveaux, longuement et savamment développés, et dans lesquels le célèbre jurisconsulte croit donner enfin à sa doctrine une base inébranlable.

Or nous devons avouer franchement que nous sommes loin, bien loin, de penser ici comme notre savant ami, et que ce travail, par lequel il avait espéré nous convertir à son sentiment, n'a fait que nous en éloigner davantage et nous confirmer plus fortement encore dans l'idée contraire, en démontrant une fois de plus l'impossibilité de donner une base logique au système que nous combattons.

Et d'abord, quoi de plus inexact que les quelques objections accessoires que M. Coin-Delisle place çà et là comme des tirailleurs autour de sa grosse artillerie? — Ainsi, il débute par dire, en donnant trop de portée à des propositions générales et préliminaires dont nous avions fait précéder l'examen de la question dans l'une des éditions de notre livre (et que nous avons eu soin de modifier dans la suivante), que notre doctrine aurait pour conséquence d'imposer au légataire le fardeau de la preuve dans

Digitized by Google

tous les cas, absolument, où s'agiterait une question d'existence ou même de validité de son testament : par exemple, si l'héritier, dans le cas d'un testament notarié, venait contester la qualité de Français de l'un des témoins de l'acte, notre doctrine, dit M. Coin-Delisle, commanderait de décider que c'est au légataire de prouver que ce témoin était Français, et non pas à l'héritier de prouver qu'il était étranger. Or rien n'est moins exact que ceci, et notre doctrine ne tend à rien de pareil. Quand nous avons dit que c'est au légataire de faire preuve dans tous les cas, nous n'avons entendu parler (et tout l'ensemble de notre discussion l'indiquait assez) que de tous les cas dans lesquels cette preuve lui était imposée par les principes généraux, par le droit commun en matière de preuve ; nous avons voulu dire que le testament olographe (car c'est de lui seul qu'il s'agit), si privilégié qu'il soit entre les autres actes sous seing privé et malgré la possession qu'il confère au légataire, ne dispenserait jamais ce légataire, quant à la question de propriété, des preuves que le droit commun impose à tout bénéficiaire d'un acte privé. Cela étant, l'objection qu'on nous adresse est donc doublement fautive. D'une part, en effet, elle s'applique à un testament par acte public, tandis que nous n'avons jamais parlé et dû parler que du testament par acte privé ; et la place même qu'occupait dans notre livre notre discussion sur ce point (où elle forme le n° 2 de l'art. 1008, exclusivement relatif à ce testament olographe) eût dû, d'après cette règle de logique qu'on doit toujours entendre les choses *secundùm subjectam materiam*, prévenir ici l'erreur de notre savant contradicteur. D'autre part, il ne s'agit et ne peut s'agir d'imposer au légataire que les preuves qui lui incombent de par le droit commun, il ne s'agit que de revenir à ce droit commun au point précis où finit l'exception de faveur de l'art. 1008 (exception que nos adversaires veulent étendre au delà de ses termes, en l'appliquant à la question même de propriété, alors qu'elle n'est édictée que pour la possession) ; or il est bien clair que, de droit commun, et par application de l'art. 1315, c'est à celui qui vient attaquer un acte authentique en alléguant que l'un des témoins était étranger, de prouver la vérité de son allégation.

M. Coin-Delisle n'est pas plus heureux quand, reproduisant une objection déjà faite par d'autres avant lui, il prétend à diverses reprises (p. 370 et 380-382) que le principe des art. 1322-

Digitized by Google

1324, qui admet pour les actes sous seing privé la résistance par simple dénégation ou méconnaissance et par suite la vérification d'écriture, n'est pas applicable au testament olographe. Il faut prendre garde : à vouloir prouver trop, on ne prouve rien ou plutôt on prouve contre soi-même. Dire comme M. Coin-Delisle que les art 1322-1324 sont inapplicables au testament olographe qui institue un légataire universel en présence d'héritiers non réservataires, parce que le testament n'est pas *un contrat* et ne contient pas d'obligations *conventionnelles*, c'est dire en d'autres termes (quoique notre savant confrère paraisse n'avoir pas osé formuler franchement cette idée) que ce testament n'est pas susceptible de la vérification d'écriture et ne peut être attaqué dès lors que par l'inscription de faux. Or, adopter une pareille hérésie, ce serait, de la part de notre honorable adversaire, non-seulement trahir sa propre cause en niant un point admis comme incontestable par tous les défenseurs de la thèse qu'il soutient, mais en outre se mettre en flagrante contradiction avec ses propres explications. — D'une part, en effet, il est proclamé par tous les arrêts sans exception que le testament olographe, tant que son écriture n'est pas *reconnue* par l'héritier, peut être repoussé par celui-ci au moyen d'une simple méconnaissance et sans aucun besoin d'inscription de faux. C'est ce que la cour suprême avait déjà jugé très-formellement dans son arrêt de cassation du 13 novembre 1816, et ce qu'elle n'a cessé de reconnaître depuis lors. Nous avons vu au n° 2, qui précède immédiatement, que si la sincérité de la date du testament olographe ne peut être attaquée que par l'inscription de faux, c'est uniquement, comme le déclarent tous les arrêts, ceux de la cour de cassation comme ceux des cours d'appels, quand il s'agit d'un testament *dont l'écriture est reconnue ;* et cette doctrine incontestable est si profondément vraie, elle est si peu nouvelle, elle est si bien dans la force même des choses, que quand pour la première fois l'empereur Valentinien III introduisit le testament olographe dans la législation (par sa 2e Novelle, tit. IV, *de Testamentis*), il avait soin d'expliquer que, bien entendu, ce testament n'aurait son effet, *qu'à la charge* (en cas de contestation) *de prouver la sincérité de son écriture*, PROBATA SCRIPTURÆ VERITATE. Or si nos art. 1006 et 1008 font partiellement exception à ce principe, en donnant au testament olographe, dans le cas qu'ils prévoient, l'effet de procurer au bénéficiaire *la possession* de droit et de fait avant toute recon-

Digitized by Google

naissance ni vérification, n'est-il pas évident que cette exception s'arrête à la limite que la loi lui donne, et que quand il s'agit dès lors, une fois la possession obtenue, de discuter la question même de propriété, on rentre dans la règle, c'est-à-dire dans la nécessité, pour le légataire, soit d'avoir la reconnaissance formelle ou tacite de son adversaire, soit de faire vérifier l'écriture méconnue? — D'un autre côté, comment M. Coin-Delisle, n'a-t-il pas vu que son objection, ainsi condamnée et par la tradition et par l'accord unanime de toutes les autorités du parti même qu'il embrasse, ne l'est pas moins par les règles les plus élémentaires du droit et par l'étrange contradiction qu'elle porte avec elle-même? On nous dit que les art. 1322-1324 ne s'appliquent pas dans notre cas au testament olographe, parce qu'ils sont écrits au titre *des Contrats*, pour les obligations *conventionnelles*, et que le testament *n'est pas un contrat* et ne contient pas d'obligations *conventionnelles*. Or, tout le monde ne sait-il pas parfaitement et M. Coin-Delisle ne sait-il pas comme tout le monde et beaucoup mieux que bien d'autres, qu'une foule de dispositions écrites dans le titre des contrats sont des principes généraux applicables en toutes matières? Est-ce que, par hasard, les causes d'erreur, de violence ou de dol, qui vicient le consentement dans les contrats ne les vicient pas aussi dans les testaments, quoique le Code n'en parle qu'à l'occasion des premiers? est-ce que les diverses règles relatives à l'interprétation des conventions ne s'appliquent pas de même à l'interprétation des testaments? est-ce que les principes posés au titre *des Contrats* sur la nature et les effets de la condition suspensive, de la condition résolutoire, des obligations à terme, des obligations alternatives, ne s'appliquent pas également et forcément aux testaments? est-ce que les principes sur la solidarité, sur la divisibilité ou l'indivisibilité, sont inapplicables à la matière des testaments, parce qu'ils sont écrits dans le titre *des Contrats?* est-ce que les obligations imposées par un testament ne s'éteindront pas par le paiement, par la novation, par la remise du créancier, etc., etc., quoique ces causes d'extinction ne soient écrites que dans le titre des obligations *conventionnelles?* est-ce que le chapitre *de la preuve*, quand il explique ce que c'est que *l'acte authentique* et comment il ne peut être attaqué que par l'inscription de faux, ce que c'est que *l'acte sous seing privé*, susceptible de dénégation ou de méconnaissance, et de la vérification d'écriture par suite, ce que c'est que des *présomp-*

Digitized by Google

tions, etc., etc., ne régit pas aussi bien les cas de droits réels que ceux d'obligations personnelles (quoiqu'il soit intitulé de la preuve *des obligations*), et aussi bien les obligations résultant d'un acte unilatéral, ou d'un délit, d'un quasi-délit, etc. (quoiqu'il soit dans le titre des obligations *conventionnelles*)? En vérité, on s'étonne d'avoir à insister sur de pareilles choses, et on ne peut s'expliquer, que par un moment d'entraînement et d'oubli, les étranges idées que contient, à la page 381, la dissertation de notre savant confrère... Il est, au surplus, un fait qui répond ici mieux que toutes les observations possibles à l'erreur de M. Coin-Delisle : c'est la contradiction flagrante dont cette erreur, par la force même des choses, se trouve accompagnée. Remarquons, en effet, que c'est seulement « au cas de *legs universels*, faits au préjudice *de collatéraux* » que l'on prétend les art. 1322-1324 inapplicables au testament olographe, sous le prétexte qu'un testament n'est pas *un contrat* et ne contient pas d'obligations *conventionnelles;* et l'on reconnaît qu'ils s'y appliquent très-bien quand il s'agit d'un legs particulier, ou même d'un legs universel fait en présence d'héritiers directs et par conséquent réservataires ! Or, comme dans ce cas de legs particulier, ou d'héritiers réservataires, le testament olographe ne devient sans doute pas *un contrat* ni les obligations qu'il contient *des obligations conventionnelles*, l'argument dont il s'agit se trouve par là même jugé.

Nous avons dit que cette objection de la prétendue inapplicabilité, au testement olographe, des règles posées par les articles 1322-1324 avait été déjà faite par d'autres avant M. Coin-Delisle; et on la trouve, en effet, dans des documents remontant à douze ou quinze années et plus, et notamment dans un arrêt rendu le 13 juin 1835 (affaire *Pellée*) par la cour d'appel de Rennes (qui est revenue depuis à notre doctrine par un arrêt du 28 août 1847 (aff. *Cloarec*). Nous pouvons ajouter que déjà aussi elle avait été réfutée; car nous disions dans notre 5e édition (t. IV, pag. 77 et 78) : « Le système adverse se condamne ici par une double « contradiction. D'une part, en effet, si les art. 1322-1324 « n'étaient pas applicables au testament olographe, il n'y aurait « donc pas lieu pour lui à la simple vérification d'écriture, mais « seulement à l'inscription de faux ; or les adversaires recon- « naissent le contraire. D'autre part, ces articles ne sont pas « seulement applicables aux conventions, puisqu'on y reconnaît « soumis les testaments olographes ne contenant que des legs

Digitized by Google

« particuliers, et même ceux contenant des legs universels en « présence d'héritiers à réserve. » Comment M. Coin-Delisle n'a-t-il pas remarqué cela ? comment n'a-t-il pas vu les contradictions et incohérences d'idées dans lesquelles il tombe, quand après avoir soutenu que les articles 1322-1324 ne peuvent s'appliquer que pour des contrats et des obligations conventionnelles, il les reconnaît applicables au testament olographe contenant des legs particuliers (lequel n'est pourtant pas un contrat), et encore quand après avoir fini par dire (ce qui est une seconde contradiction) que ces articles régissent, à la vérité, non-seulement les obligations conventionnelles, et aussi toutes autres obligations (ce qu'on avait nié quelques lignes plus haut), mais même les cas de droits purement réels et de transmission de propriété, pourvu qu'elles soient *à titre particulier*, leur principe ne pouvant jamais s'étendre, nous dit-on, aux cas d'acquisition d'un droit universel, il est encore forcé d'avouer (ce qui fait une troisième et dernière contradiction) qu'ils s'appliquent au testament olographe instituant *un légataire universel*, si les héritiers du sang ne sont pas des collatéraux ?

Quoique nous ayons hâte d'en finir avec ces parties accessoires du travail de notre savant collaborateur, pour arriver aux deux grands moyens qui forment le corps de son article, nous ne pouvons cependant nous empêcher de signaler encore dans ces parties accessoires un fait vraiment singulier, et qui pour nous est une nouvelle démonstration de l'impossibilité dans laquelle sont et seront toujours nos adversaires d'attaquer de front et d'une manière quelque peu plausible les bases sur lesquelles repose notre doctrine. Ce fait, c'est que M. Coin-Delisle, quand il a voulu critiquer les motifs des deux arrêts de Caen précités, et alors qu'il rencontrait dans ces motifs deux parties bien distinctes, l'une principale et consistant dans l'exposition logique et précise des règles de droit sur lesquelles notre doctrine repose, l'autre secondaire et consistant en quelques considérations de fait de nature à faire voir que le système du Code est pratiquement préférable à celui qu'on veut lui substituer, s'est contenté de combattre cette partie de fait et purement secondaire sans diriger aucune attaque contre l'exposition de principes qui devait, au contraire, le préoccuper avant tout et par-dessus tout. — La cour de Caen, dans la partie de fait et secondaire de ses considérants, avait fait remarquer que le système par elle combattu

Digitized by Google

aurait ce résultat bizarre de protéger les citoyens plus efficacement contre le faux testament qui contiendrait simplement un legs à titre universel ou même un modique legs particulier, que contre celui qui tendrait à les dépouiller de l'universalité d'une succession; elle avait signalé de même divers autres inconvénients fort graves de ce même système, en ajoutant que le système du Code, au contraire, portait avec lui son remède contre l'inconvénient, légal d'ailleurs, qu'on pouvait lui reprocher, puisque la possibilité de condamner à des dommages-intérêts considérables l'héritier qui méconnaîtrait l'écriture de son auteur par pur esprit de chicane suffirait généralement pour écarter ici les contestations sans fondement. Or M. Coin-Delisle s'est bien efforcé de répondre à ces considérations secondaires et de pur fait; mais il ne s'est pas un instant occupé de répondre de *même* à la partie principale, à la discussion *de droit*, celle pourtant, nous le répétons, qui rigoureusement eût dû être le seul objet du débat. Ceci est assurément étrange, et d'autant plus étrange que, comme on a pu voir, cette partie des motifs était rédigée avec une force et une précision qui ne permettaient certes pas de la passer sous silence. On se rappelle, en effet, que ces motifs contenaient le développement de la déduction que voici : — *Le testement olographe, malgré les priviléges dont il jouit, est un acte sous seing privé* (art. 999); — *il est donc soumis à toutes celles des règles de l'acte sous seing privé, dont la loi ne l'a pas affranchi par quelque exception; — or comme, d'une part, l'acte sous seing privé est susceptible en cas de contestation de son écriture par celui à qui on l'oppose, d'une vérification dans laquelle le bénéficiaire de l'acte est forcément demandeur et après le succès de laquelle seulement l'acte peut avoir son effet; et comme, d'autre part, la seule exception apportée ici aux principes pour le testament olographe, exception qui confère à ce testament une force d'exécution particulière consiste seulement en ce que, dans le cas d'un legs universel fait au préjudice de simples collatéraux, le titre, immédiatement et avant vérification, jouit de ses effets possessoires, sans que rien dans la loi ait étendu cette exception aux effets pétitoires, aux débats sur la propriété, il s'ensuit qu'une fois le légataire mis en possession en vertu du droit exceptionnel qui le favorise, c'est-à-dire sans vérification, le débat ultérieur sur la propriété ne pourra plus se régler que par le droit commun, en sorte que le légataire, tout en restant possesseur* (*et dès lors défen-*

Digitized by Google

deur au principal), *devra subir alors cette vérification et y faire la preuve.* — Certes, cette exposition de principes et de conséquences, si logiquement développée par la cour de Caen et que nous ne faisons ici que résumer très-brièvement, n'était pas indigne d'une réponse directe de notre savant collaborateur; elle méritait qu'on s'attachât à elle pour préciser sur quel point péchait cette argumentation, soit en posant un faux principe, soit en déduisant d'un principe exact une fausse conséquence; et nous ne pouvons nous empêcher de penser que si un jurisconsulte tel que M. Coin-Delisle n'a pas attaqué de front les motifs donnés en droit par la cour de Caen, c'est qu'ils sont inattaquables.

Ceci dit, arrivons enfin à la partie essentielle du travail auquel nous répondons, et voyons si notre honorable contradicteur, dans l'impossibilité de renverser les bases de notre doctrine, a, du moins, pu donner à la sienne des bases également solides, ou en tout cas assez spécieuses pour faire obstacle à une facile réfutation... Nous sommes loin de le croire; car, à nos yeux, ce travail ne repose que sur une double méprise et se place à côté de la question.

Notre savant confrère et ami prétend, en effet, que le point en litige revient au fond à savoir si le légataire universel, quand le défunt ne laisse pas de successibles réservataires, *est ou n'est pas un héritier.* C'est, selon lui, la négation de la qualité d'héritier testamentaire qui fait la base de notre doctrine; et c'est à établir cette prétendue qualité qu'il consacre surtout sa dissertation. Or, on voit, au contraire, par tout ce qui précède, que cette négation de la qualité d'héritier testamentaire ne joue aucun rôle dans notre thèse: en sorte que l'argumentation de notre collaborateur porte complétement à faux.... Et qu'importe, en effet, pour moi, héritier *ab intestat* du défunt, le point de savoir si le prétendu testament par vous invoqué et par moi méconnu, doit vous donner la qualité d'héritier testamentaire ou seulement celle de légataire universel saisi? Dans un cas comme dans l'autre, évidemment, vous pourrez prétendre que l'entière succession vous étant dévolue par le testament, je n'y puis avoir aucun droit, et que mon titre d'héritier du sang se trouve ainsi complétement inefficace et non avenu: votre prétention à cet égard sera tout aussi forte dans le système qui n'admet que des légataires universels saisis que dans celui qui admet les héritiers testamentai-

Digitized by Google

res. Dans un cas comme dans l'autre, réciproquement, je vous répondrai que votre prétention, juste s'il est vrai qu'un testament existe, est évidemment fausse s'il n'existe pas de testament : en admettant avec vous par hypothèse l'existence d'héritiers testamentaires, je vous dirai qu'il est bien clair que ce titre ne vous appartient pas tant qu'un testament n'existe pas... Ainsi, l'idée que le nouveau travail de M. Coin-Delisle prétend être le fond de notre question n'a, au contraire, rien à faire dans cette question, qui, de quelque côté qu'on la tourne, revient toujours et forcément à ceci : *Existe-t-il un testament? l'acte qu'on oppose au successible est-il ou n'est-il pas un testament?*

C'est également sur une méprise que repose le second et dernier argument qui, avec le précédent, constitue la nouvelle théorie de M. Coin-Delisle. Cet argument, qui est tiré des travaux préparatoires et qui est très-puissant à première apparence, est en réalité sans valeur aucune. Il est bien vrai, en effet, qu'après une longue discussion dont le tome XII de Fenet nous donne le développement aux pages 387-397, et le résumé aux pages 556-558, le conseil d'État, malgré les observations insistantes de plusieurs de ses membres faisant remarquer « que, « l'héritier légitime ne pouvant être dépouillé que sous la con- « dition par le testateur d'avoir exprimé sa volonté dans les « formes légales, il est raisonnable de lui montrer avant tout le « testament pour qu'il puisse le critiquer ; que cette précaution « est surtout nécessaire là où avec un testament olographe, c'est- « à-dire obscur et clandestin, on pourrait s'emparer frauduleu- « sement d'une succession ; que dans les grandes villes, les faus- « saires sont assez audacieux pour supposer un pareil testament « et spolier une succession par un faux titre ; » il est vrai, disons-nous, que le conseil d'État ne tint pas compte de ces idées et finit par admettre le résultat qu'elles tendaient à repousser, en accueillant ces observations contraires de plusieurs autres conseillers « que la présomption est toujours qu'un acte est va- « lable, présomption qui le rend exécutoire tant qu'il n'est pas « annulé ; qu'il y a incomparablement plus de testaments vala- « bles que de testaments nuls ; que le faux est une exception à « l'ordre commun des choses, que le législateur ne doit pas « prendre les cas rares pour base de ses lois, et que par consé- « quent on doit donner provisoirement effet au titre et ne pas « soumettre le testament à un héritier que la loi n'appelle qu'à

Digitized by Google

« défaut de ce testament. » Tout ceci est parfaitement vrai ; mais c'est bien à tort, c'est en prenant le change sur l'objet et le but de cette discussion du conseil, et en donnant un sens absolu à ce qui n'avait qu'un sens relatif et restreint, qu'on veut tirer de là un motif de décison ou même une objection contre notre doctrine. De quoi s'agissait-il, en effet, dans cette discussion? il s'agissait uniquement de savoir si, par faveur pour l'héritier du sang et par défiance des testaments nuls et quelquefois même faux, dont la faculté de tester olographement rend le danger fort grave, on devait imposer à tout légataire universel la nécessité de s'adresser toujours à l'héritier du sang, pour se faire conférer par lui-même, sans pouvoir jamais l'obtenir autrement, la saisine des biens héréditaires. Or on voit que cette question n'est nullement la nôtre et que la solution adoptée ici par le législateur ne contredit en rien notre doctrine. C'est bien évident; car la règle tant débattue dans le conseil et finalement admise après de longs tiraillements, c'est que le testament olographe, malgré le danger d'un faux, accorde à celui qu'il désigne comme légataire universel (à défaut d'héritiers réservataires) une exécution provisoire qui lui procurera la possession de la succession, sans qu'il ait seulement besoin d'avertir l'héritier du sang. Or cet effet provisoire, notre système ne le méconnaît certes pas ; cette possession, il ne la refuse pas au légataire; loin de là, puisque l'influence de cette possession du légataire sur la question de preuve dans le débat relatif à la propriété est précisément, comme on l'a vu, l'un des points sur lesquels notre théorie insiste le plus... Et non-seulement ce passage des travaux préparatoires ne justifie en aucune façon la thèse de M. Coin-Delisle ; mais il lui est plutôt contraire. Car si la faveur demandée ici pour le légataire n'a été accordée par le conseil qu'avec tant de peine, de tiraillements et de difficultés, alors qu'il ne s'agissait que d'une exécution purement provisoire et relative à la possession, n'est-il pas clair qu'elle n'eût pas été admise s'il se fût agi de l'exécution définitive et relative à la question même de propriété? L'opposition si vive dont a été l'objet, avant d'être adoptée, l'exception que les art. 1006 et 1008 apportent au droit commun des actes sous seing privé, bien qu'elle ne concernât que la possession, ne dit-elle pas assez qu'on n'eût certainement pas accueilli celle qui aurait été proposée pour la propriété même ; et s'il est vrai partout qu'une exception, par sa nature même d'exception, doit se

Digitized by Google

restreindre au cas qu'elle prévoit, à combien plus forte raison n'en est-il pas ainsi, alors que l'exception qu'on voudrait étendre à un cas plus grave n'a été admise pour le cas moins important qu'après de profondes hésitations et comme quelque chose de très-exorbitant ?

Donc, le récent et remarquable travail que M. Coin-Delisle vient de-jeter dans cette grave question de la vérification d'écriture du testament olographe, travail auquel il a donné, avec la haute autorité de son nom, le cachet de sa profonde et consciencieuse manière de faire, n'aura d'autre résultat, suivant nous, que de démontrer plus fortement encore la parfaite exactitude de la thèse soutenue par la cour de Caen, et l'impossibilité d'arriver, quoi qu'on fasse, à trouver une base logique au système contraire.

IV. — Grenoble, 2 fév. 1852; Amiens, 7 déc. 1852; Agen, 16 mars 1853 (*Dall.* 53, 2, 127). — On sait que c'est une question des plus controversées aujourd'hui, grâce au singulier revirement de jurisprudence dans lequel s'est jetée la cour de cassation après son fameux arrêt *Laroque du Mons*, que celle de savoir si l'héritier, donataire par simple avancement d'hoirie, qui renonce à la succession, peut retenir son don jusqu'à concurrence de la portion disponible et de sa part de réserve cumulées. Cette question, que nous n'avons jamais hésité à résoudre négativement, a été par nous discutée, avec celles qui s'y rattachent, au tome Ier de cette *Revue* (p. 257-277) ; et si nous avons vu avec peine M. Demante fils consacrer dans cette même Revue (t. II, p. 81 et 148), à soutenir la thèse contraire, un travail remarquable (mais qui ne nous paraît pas, au surplus, répondre à nos arguments), nous avons eu par contre la satifaction de voir M. Coin-Delisle publier dans notre sens, sur cette grave question, une dissertation aussi savante que solide, formant un volume intitulé : *Limite du droit de rétention par l'enfant donataire renonçant.*

Nous n'avons donc pas à revenir ici sur cette question, qui nous paraît avoir été suffisamment traitée dans les deux sens contraires et pour laquelle nous renvoyons, quant à ce qui concerne nos idées personnelles, à notre travail précité de la Revue, ainsi qu'à notre commentaire des art. 913, 919, et 921 ; et si nous nous arrêtons ici quelques instants, c'est pour constater ces deux faits : 1° que, d'une part, les cours d'appel continuent de lutter contre la jurisprudence de la cour suprême avec une persistance qui est

Digitized by Google

de bon augure pour un retour ultérieur aux vrais principes, (car ici encore, deux arrêts sur trois, Amiens et Agen, jugent la question par la négative); 2° que d'autre part M. Coin-Delisle, par l'effet de l'étude approfondie à laquelle il a dû se livrer sur cette matière pour la rédaction de son volume, s'est converti à notre sentiment sur un point pour lequel nous étions en désaccord, de même qu'il ne saurait manquer d'y venir également, tôt ou tard, sur un autre point pour lequel il nous combat vivement encore dans ce même travail.

M. Coin-Delisle, en effet, tout en proclamant comme nous que l'héritier qui renonce cesse d'être héritier et ne peut dès lors rien avoir dans la réserve, admettait cependant, par déférence pour les arrêts de la cour de cassation et sans remarquer la contradiction dans laquelle il tombait par là, que cet héritier pouvait retenir son don, non pas seulement *sur le disponible*, mais sur tous les biens, MÊME RÉSERVÉS, pourvu que ce ne fût que *pour une portion égale au disponible;* comme si ce n'était pas admettre le oui et le non que de dire : vous ne pouvez *rien avoir des biens réservés,* mais vous pouvez *avoir des biens réservés* jusqu'à telle limite? Or M. Coin-Delisle, dans son nouveau travail, reconnaît enfin la fausseté de cette théorie (que nous avions vivement attaquée dans notre commentaire de l'art. 919), et nonobstant les tournures embarrassées et les formes dubitatives dans lesquelles il s'enveloppe (n°s 230 et 231), et qu'il qualifie lui-même d'*hésitation révérentielle* causée par *son respect pour de nombreux arrêts* (n° 232, p. 266), il arrive enfin et pourtant à dire nettement : « *Il est de mon devoir de reconnaître mon erreur, mon devoir est de la publier.* » (p. 276.)

Malheureusement M. Coin-Delisle, par suite toujours de son respect (poussé trop loin, vraiment) pour les arrêts et d'une préoccupation d'esprit dont nous nous étonnons, ne rejette cette erreur que pour en maintenir une autre qui n'est pas moins grave et que l'abandon de la première rend même beaucoup plus étrange qu'elle n'était précédemment. Notre savant confrère veut que l'enfant renonçant, quoiqu'il n'ait aucun droit à une réserve et n'en puisse jamais avoir à aucun titre ni sous aucune forme, soit néanmoins compté pour la fixation de cette réserve! Ainsi, deux enfants existent, mais l'un se fait étranger à la succession par sa renonciation; en sorte qu'*un seul enfant* est héritier, *un seul enfant* est réservataire, c'est pour *un seul enfant* qu'il

Digitized by Google

s'agit de réserver des biens, et voilà qu'il faudrait supputer et former la réserve *pour deux !...* On conçoit que M. Coin-Delisle soutint cette idée et fit des efforts (toujours malheureux, au surplus) pour la défendre, alors que, partisan des arrêts qu'il condamne enfin aujourd'hui, il reconnaissait au renonçant, tout en le déclarant sans droit sur la réserve, la faculté de prendre pourtant dans cette réserve : du moment que ce renonçant devait participer aux fonds réservés, il était tout simple de le compter pour fixer le chiffre de ces fonds ; mais quand on est une fois arrivé à reconnaître franchement que le renonçant ne peut jamais rien avoir dans la réserve, qui est pour lui chose complétement étrangère, comment en vérité demander encore qu'on le compte pour en fixer le chiffre ?

Ce n'est pas ici, du reste, le lieu de discuter ce singulier système, sur lequel nous aurons un jour ou l'autre l'occasion de revenir, pour mettre en relief les nombreuses étrangetés ou contradictions qu'il présente à chaque pas (notamment aux nos 167, 172, 176, etc.). Nous tenons seulement à constater que le système de la cour de cassation sur l'effet de la renonciation des héritiers donataires sans préciput, loin de gagner du terrain, en perd plutôt, puisqu'ici encore deux arrêts sur trois le repoussent, et que l'auteur qui avait jusqu'ici montré le plus de ménagements et de respect pour sa jurisprudence vient de faire le premier pas dans le système diamétralement contraire, en attendant qu'il fasse le second.

V. — Aix, 16 févr. 1853; Dijon, 2 mars 1853 (*Dall.* 53, 2, 119 et 66). — C'est pour les constater seulement, non pour les discuter, que nous relevons ici deux arrêts, l'un d'Aix, l'autre de Dijon, auxquels il en faut joindre un troisième de la cour d'appel de Douai, du 24 mai 1853 (*J. P.* 1853, II, p. 12), jugeant, tous trois, que quand un testateur par acte authentique se trouve dans l'impossibilité de signer, la loi n'exige point que la mention qui doit être faite de sa déclaration de ne pouvoir signer soit l'objet d'une lecture dont l'accomplissement devrait encore être mentionné. Cette doctrine, parfaitement irréprochable et dont nous avons établi l'exactitude au tome précédent (p. 337 et 705), avait été méconnue par un arrêt de Paris du 14 juillet 1851, dont l'erreur pouvait devenir d'autant plus contagieuse qu'il était rendu sous la présidence et la haute autorité de M. Troplong. Nous sommes heureux de constater qu'il n'en a point été ainsi, et que

Digitized by Google

dans les six arrêts qui ont eu jusqu'ici à décider la question (Montpellier, 3 juin 1833; Req. 3 juill. 1834; Paris, 1851; Aix, 1853; Dijon, 1853; Douai, 1853), celui de Paris est resté solitaire et isolé dans sa fausse doctrine [1].

VI. — Caen, 31 déc. 1852; Cassat., 15 févr. 1853; Paris, 31 mars 1853 (*J. P.* 1853, 1, 513 *et* 522; *Devill.* 1853, 2, 337 *et* 344). — C'est de même pour mémoire seulement que nous signalons ici les arrêts relatifs à la question de savoir si les reprises de communauté sont nécessairement et toujours mobilières, ou si plutôt elles ne sont pas alternativement mobilières ou immobilières selon que le résultat du partage donne à l'époux des meubles ou des immeubles.

La dissertation dans laquelle M. Troplong s'est efforcé de soutenir la première thèse a été de notre part l'objet d'une réfutation qui se trouve, notamment, dans notre commentaire de l'art. 1401 et dans le tome II de cette Revue (p. 577). Quant à un article proposé à la Revue dans le même sens par M. Vieille, avocat à Dôle, article que la direction n'a pas jugé utile d'insérer et que son auteur a publié séparément et fait répandre avec profusion dans le public judiciaire, il nous a paru, malgré le mérite qu'il peut avoir et que nous serions désolé d'amoindrir, n'être pas de nature cependant à nécessiter une réponse spéciale et

[1] Quant à l'arrêt rendu par la cour suprême, le 24 mai 1853, sur le pourvoi dirigé contre l'arrêt de Paris, et qui en prononce la cassation, il ne se prononce pas sur la question, et c'est bien à tort que M. Dalloz (53,2. 119, en note, deuxième colonne), avance que *ses termes sont une condamnation, du moins implicite, de la solution adoptée par l'arrêt cassé.* La cour suprême, en effet, se transformant ici par un procédé qui a vivement ému le palais, que nous ne saurions trop déplorer pour notre part, et que le *Journal du Palais* a fort justement critiqué dans son excellente annotation de l'arrêt de cassation (*J. P.* 1853, t. II, p. 2), se transformant, disons-nous, en tribunal de fait et en troisième degré de juridiction, s'est exclusivement fondée pour casser l'arrêt de Paris, sur ce que le testament, dans l'espèce, *contenait suffisamment la constatation de lecture que la cour d'appel n'y avait pas vue;* en sorte qu'elle n'a pas eu à statuer (et elle le déclare en toutes lettres), sur la question qui nous occupe.

C'est également à tort que M. Dalloz (*eod. loc.*) présente l'arrêt de Paris comme ayant *ressuscité une controverse* dont on *ne se préoccupait plus*; car aucune controverse, que nous sachions, n'avait jamais existé sur la question. Aucun arrêt, ni aucun auteur n'avait jamais soutenu la fausse idée de la cour de Paris.

Digitized by Google

porter avec lui-même, pour le lecteur attentif et judicieux, sa propre réfutation [1].

La question, quant à présent du moins, nous semble donc suffisamment discutée; et nous ne relevons ici les trois arrêts de la cour de cassation, de la cour de Caen et de la cour de Paris, que pour constater que tous trois sont, en effet, conformes à la doctrine que nous avons soutenue et qui est, à nos yeux, la seule soutenable.

VII. — Trib. Castel-Sarrazin, 10 janv. 1853; Pau, 1er mars 1853 (*Dall.* 53, 2, 124 *et* 125). Quelques mots nous suffiront également pour la justification des principes consacrés par les deux décisions que nous relevons ici; car cette justification, sauf un point sur lequel nous avons à faire une observation pour répondre à une critique de M. Dalloz, est toute faite dans un précédent *examen doctrinal* de notre judicieux collaborateur M. Pont, à la discussion duquel nous renvoyons (*suprà*, p. 6-11, Bordeaux, 16 juill. 51. — *J. P.* 53, II, 595).

Il s'agit du cas, assez fréquent dans certaines contrées, où un contrat de mariage aurait été passé hors la présence d'une des parties par ses parents stipulant en son nom, mais sans procura-

[1] Que dire, par exemple, de cette idée, qui revient à chaque instant sous la plume de M. Vieille, que la doctrine adoptée ici par la jurisprudence et par la revue donne aux reprises, primitivement et *ab oro*, une nature immobilière, tandis qu'elle a toujours et partout enseigné que cette nature est indéterminée, et devient soit mobilière, soit immobilière, selon le résultat du partage? Que dire encore de cette assertion que la théorie dont il s'agit ne s'est fait jour que depuis le Code, et longtemps encore après lui, alors que Pothier, cité sur ce point par M. Troplong lui-même, la développe au long, et nous apprend que de son temps elle était admise déjà par grand nombre de jurisconsultes?

Nous tenons, du reste, à détromper ici notre honorable confrère de Dôle sur un point qui touche de trop près à notre amour de l'indépendance pour les autres comme pour nous-même. M. Vieille, tout en nous adressant des éloges trop grands vraiment, a cependant cru, dit et imprimé que c'était par nous surtout (par esprit de jalousie sans doute), que son article avait été écarté. Or la vérité est, au contraire, que cet article avait été rendu à son auteur, imprimé par lui et distribué de tous côtés, et cela depuis déjà bien longtemps, avant que nous eussions connaissance, ni seulement le moindre soupçon de son existence. Nous ajouterons que M. Vieille s'est singulièrement mépris sur notre caractère, et que c'est précisément parce que son article s'attaquait plus à nous qu'à nos collaborateurs, que nous nous serions efforcé de le faire admettre si nous en avions connu la proposition.

Digitized by Google

tion *ad hoc*, et sans qu'une ratification régulière intervienne ensuite avant la célébration. M. Pont (*loc cit.*) a fort exactement indiqué les conséquences légales d'une telle position, à savoir : la nullité du contrat de mariage ainsi passé ; par suite, la soumission des époux au régime de communauté légale et non au régime différent que portait le contrat ; puis enfin, et par une conséquence ultérieure, l'attribution, à l'actif de cette communauté, de toutes les valeurs mobilières que les époux ont apportées en se mariant, aussi bien celles qu'une donation du contrat nul constituait comme dotales et inaliénables, que toutes autres.

Or cette dernière conséquence, que M. Pont avait solidement établie, en réfutant péremptoirement la solution contraire d'un arrêt de Toulouse (5 mars 1852), et qui, consacrée déjà par un arrêt postérieur de la même cour (20 juill. 1852), et par un précédent arrêt de Grenoble du 7 juin 1851, l'est encore ici par l'arrêt de Pau et par le jugement de Castel-Sarrazin, cette conséquence, néanmoins, est contredite par M. Dalloz dans son annotation de ces différents arrêts. Selon lui, l'opinion de M. Pont est *inadmissible*, attendu que *la donation*, faite à la prétendue femme dotale par son père en constitution de dot, EST INDIVISIBLE, et doit dès lors *produire* L'INALIÉNABILITÉ *des biens donnés* ou en tous cas *leur soustraction à l'empire du mari*, c'est-à-dire leur attribution à la femme en qualité de *propre de communauté* (p. 122, note 9).

Cette critique de M. Dalloz est d'autant plus étrange que les raisons par lesquelles l'honorable arrêtiste cherche à la motiver se trouvent réfutées dans le nouvel arrêt que lui-même rapporte (celui de Pau), et qu'elles portent d'ailleurs leur condamnation avec elles-mêmes. M. Dalloz, en effet, se combat lui-même par l'antagonisme de ses deux arguments, puisqu'il veut d'abord que la donation qui constitue le bien en dot soit *indivisible*, qu'elle s'exécute *en entier*, de manière à produire un bien dotal et comme tel inaliénable, et qu'il se réduit ensuite à demander que ce bien soit pour la femme un simple propre de communauté : la seconde conclusion est un aveu de l'inadmissibilité de la première. Mais si celle-ci est, en effet, inacceptable, celle-là ne l'est pas moins. On ne peut pas suivre la première, puisque du moment que le régime dotal (qu'avait stipulé le donateur) n'existe pas, il ne peut pas dès lors exister de biens dotaux. On ne peut pas plus suivre

Digitized by Google

a seconde, c'est-à-dire admettre que, dans la communauté légale qui existe, les biens donnés, malgré leur nature mobilière, seront propres; car, d'après l'art. 1401, les meubles donnés à un époux commun ne peuvent être propres que quand le donateur a formellement déclaré vouloir leur donner cette nature; or ici, loin que le donateur ait ainsi exprimé le rôle que devaient jouer les biens dans la communauté, il n'a pas même songé ni pu songer à le faire, puisque dans sa pensée la communauté ne devait pas exister : on n'a rien dit ni rien prévu pour ce cas de communauté, qui ne se trouve exister alors que contre la volonté des parties et par la seule force de la loi, et c'est nécessairement dès lors par les seules dispositions de la loi, que tout se trouve réglé, comme l'a très-bien compris la cour de Pau. En vain on parle de donation *indivisible*, et cette idée n'est vraiment pas heureuse en face de l'art. 900. Que voit-on ici, en effet? une donation faite sous la condition que les choses données seront dotales; or, cette condition se trouvant légalement impossible, c'est donc le cas d'appliquer cet art. 900, qui déclare que dans toute donation les conditions de ce genre sont réputées non écrites et laissent pure et simple la donation faite d'abord conditionnellement. Que devient la prétendue indivisibilité de la donation, en présence de cet article qui commande très-impérativement de la diviser? La vérité ne saurait donc être douteuse ici, et c'est avec grande raison que, sur cinq décisions qui ont jugé la question, quatre la résolvent comme M. Pont l'avait fait dans son examen de janvier.

VIII. — Bordeaux, 16 juill. 1851 (*J. P.* 1853, 1, 595). — Il nous resterait à parler encore de plusieurs autres décisions importantes; mais il faut bien aussi nous arrêter, et nous nous contenterons d'en signaler une plus remarquable que les autres, en ce qu'elle porte sur une question fort délicate d'abord, et qui, d'autre part, n'avait été qu'effleurée jusqu'ici. Cette question est celle de savoir si c'est de la date même du titre, ou seulement de l'échéance du premier terme d'arrérages, que commence à courir la prescription trentenaire du capital d'une rente.

A cet égard, M. Troplong veut que les trente ans commencent à la date même du titre; M. Vazeille, au contraire, ne les fait commencer qu'à l'échéance du premier terme; enfin des professeurs de l'École de Paris, dont la doctrine se trouve reproduite dans les *Répétitions écrites* de M. Mourlon, enseignent que

Digitized by Google

le premier système est celui de la loi, mais en ajoutant que c'est à tort et que les principes commandaient d'admettre le second. De ces trois doctrines, celle de M. Troplong est certainement la seule vraie ; mais malheureusement le célèbre commentateur est loin de l'avoir discutée d'une manière satisfaisante, et ce qui le prouve, c'est que la cour de Bordeaux, dans l'arrêt que nous relevons ici, vient d'adopter l'opinion contraire, en répondant avec force à l'explication, vraiment insuffisante, du savant magistrat. La vérité est, en effet, que la question, comme nous l'avons dit, n'avait été qu'effleurée jusqu'à cet arrêt du 16 juillet 1851, qui pour la première fois la creuse quelque peu, mais la creuse mal.

Henrys, autrefois, avait traité cette question, à laquelle se rattachent d'ailleurs d'anciens et très-nombreux arrêts des parlements de Bordeaux, d'Aix, de Douai. Mais personne ne paraît avoir songé, sous le Code, à utiliser ces anciens documents, et la question s'est présentée à nous presque neuve encore quand nous avons eu naguère à la traiter dans notre *Commentaire-Traité* de la Prescription. C'était une raison de plus pour la signaler ici à l'attention des jurisconsultes, que nous renvoyons sur ce point au n° 11 de notre explication de l'art. 2263.

V. MARCADÉ.

QUESTIONS RELATIVES A LA PROPRIÉTÉ

OU A L'USAGE DES RIVIÈRES NON NAVIGABLES NI FLOTTABLES.

EXAMEN DE LA DOCTRINE CONTENUE DANS LE LIVRE DE M. CHAMPIONNIÈRE [1].

Le régime des cours d'eau, sous le point de vue du droit administratif, embrasse :

Les rivières et canaux navigables ou flottables ;

Les rivières non navigables ni flottables ;

Les canaux artificiels non navigables.

[1] La présente dissertation est extraite en grande partie du IIe volume du *Cours de droit public et administratif*, de M. Laferrière, dont la 4e édition vient d'être publiée.

Digitized by Google

Une question de la plus haute importance est celle relative à la propriété des rivières non navigables ni flottables. Elle touche, par plusieurs points, au droit civil, à la pratique administrative et à l'ensemble du régime des cours d'eau. Elle a été spécialement traitée par plusieurs auteurs, et la *Revue critique* a recueilli un Mémoire important qui a été lu, sur ce sujet, devant l'*Académie de législation* de Toulouse, heureuse création qui rend déjà de véritables services à la science du droit [1]. Nous demandons la permission d'y revenir, non avec la prétention de dire le dernier mot de la science à cet égard, mais afin de présenter quelques aperçus qui peuvent servir à caractériser le droit de l'administration, selon ses applications diverses aux cours d'eau de différente nature. Nous avons considéré, au surplus, que les arguments présentés par le savant Championnière, dans son *livre* sur les *Eaux courantes*, étaient, jusqu'à présent, restés sans réponse, et la controverse ne peut être complète qu'à la condition de saisir corps à corps toutes les difficultés.

C'est donc seulement un nouveau tribut que nous apportons à la controverse.

Le problème relatif à la propriété des rivières non navigables embrasse les points suivants :

1° Les rivières non navigables ni flottables sont-elles la propriété des riverains ?

2° En supposant que l'eau courante ne puisse servir de base au droit de propriété, le lit ou le *très-fonds* de la rivière est-il une dépendance du domaine des riverains ?

3° Les ruisseaux et les canaux artificiels doivent-ils être distingués des rivières non navigables ni flottables, quant au droit de propriété ?

L'eau courante, dans le lit des rivières non navigables, peut être considérée sous deux rapports : relativement aux particuliers non riverains, elle est chose commune, l'*aqua profluens* des Institutes [2], en ce sens que chacun peut s'en servir pour son besoin personnel ou pour y abreuver ses bestiaux, sauf le moyen d'y aborder sans nuire au propriétaire de la rive. — Relativement

[1] Mémoire de M. le conseiller SACAZE, inséré dans *la Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. III, p. 310 et suiv.

[2] Inst. II, 1. *Naturali jure communia sunt omnium hæc; aer, aqua profluens, mare, et per hoc littora maris.* — LA GLOSE expliquait l'*aqua profluens*, par l'eau qui tombe du ciel, *de cœlo cadens*.

Digitized by Google

aux riverains, elle constitue avec son lit ce que les jurisconsultes, comme Pothier et Proudhon, appellent le *corps de la rivière* [1], et elle offre des avantages qui tiennent à sa nature, pour la pêche, l'agriculture, l'industrie ou le seul agrément de son cours. Ces avantages sont attribués par la situation des lieux à tous les riverains. Ceux-ci, par la force des choses, sont, en ce qui concerne l'eau et ses avantages, des *communistes*. Ils ont naturellement droit aux avantages que le cours d'eau porte avec lui. Toute la question, au point de vue du droit de propriété, se réduit à savoir s'ils sont des *propriétaires* communistes, ou s'ils sont des *usagers* communistes.

La propriété des cours d'eau, en faveur du riverain, ne peut être fondée que sur le principe que le cours d'eau *fait partie* du fonds, ou est l'*accessoire* du fonds. La source qui jaillit du sol est dans le domaine privé du propriétaire, parce qu'elle y prend naissance et qu'elle en fait partie. Il ne peut pas en être ainsi du cours d'eau éloigné de sa source ; il ne naît pas sur le fonds qu'il borde ou qu'il traverse ; il n'en *fait pas partie*. Il ne pourrait donc être la propriété du riverain que comme *accessoire* du fonds.

Cela revient alors à demander quel est, de *l'eau courante* ou *du lit* qu'elle s'est creusé par son cours naturel, l'élément principal qui constitue la rivière. L'eau courante qui, venant d'une source plus ou moins éloignée, traverse un héritage et tous les héritages inférieurs jusqu'à son embouchure, ne peut en elle-même et par sa nature mobile être l'*accessoire* d'un immeuble; mais le lit de la rivière pourrait être considéré comme faisant partie du sol contigu, et la rivière elle-même serait un accessoire du fonds si elle pouvait être considérée comme un accessoire du lit, selon la règle du droit *accessorium sequitur naturam principalis*. Quel est donc dans le corps de la rivière l'élément principal, du lit ou de l'eau courante ? — Un jurisconsulte anglais, cité par MM. Daviel et Championnière à l'appui de leur opinion, Robert Callis, a très-bien senti que là était le nœud de la difficulté : « Il serait « étrange, dit-il, que le droit de la propriété pût s'asseoir sur « une chose si fugitive qu'elle a disparu en moins de temps qu'on « n'en met à prononcer *meum*, *tuum*, *suum*. Les daims, les lièvres « et les lapins des forêts, non plus que les poissons des eaux cou-

[1] POTHIER, *Traité de la propriété*, n° 84. — PROUDHON, *Dom. public*, t. III, n° 947.

Digitized by Google

« rantes, ne peuvent êtres revendiqués à titre de propriété ; et « cependant ces choses sont moins mobiles que les eaux courantes elles-mêmes. Je pense donc qu'en prenant *aqua* pour l'eau « courante considérée isolément, elle *ne peut être l'objet* d'un « *droit de propriété;* mais en la considérant comme un accessoire « du sol, en *confondant par la pensée l'eau courante* et le *lit qui la* « *contient*, la propriété de l'un entraîne celle de l'autre [1]. » — La question est bien posée, mais la solution n'est pas justifiée. Le jurisconsulte anglais tranche le nœud de la difficulté au lieu de le délier, en déclarant l'eau un accessoire du sol, *en confondant par la pensée l'eau courante et son lit* : la question est précisément de savoir si l'on peut juridiquement confondre l'eau courante et son lit en regardant le lit comme le *principal* et l'eau comme l'*accessoire*. — Mais la première condition, à ce qu'il me semble, pour qu'il y ait une rivière, c'est qu'il *y ait de l'eau* : dans tous les lieux où l'eau se portera par la pente du terrain, l'eau trouvera un lit naturel et par conséquent un *accessoire* qui jamais ne lui manquera. Mais si vous n'avez que le lit, abstraction faite de l'eau, je ne vois pas trop que cela vous soit très-utile pour la pêche, pour l'agriculture, pour l'industrie, pour tous les avantages qui constituent l'intérêt du voisinage d'un cours d'eau. Il y a donc presque de la naïveté à tirer expressément une conclusion qui se déduit si naturellement de la chose elle-même, savoir que l'élément *principal* dans une rivière c'est l'eau courante, et que le lit, qu'elle saura toujours se faire pour son écoulement, est l'*accessoire*. Or, de l'aveu des jurisconsultes, en général, l'eau courante ne pouvant, par sa nature mobile et fugitive, servir de base au droit de propriété foncière, et de l'aveu du bon sens et de la logique, l'eau courante étant le *principal* et le lit naturel l'*accessoire*, il s'ensuit que la rivière n'est pas la propriété des riverains ; que les riverains ont droit seulement, dans les limites légales, aux avantages que l'eau porte avec elle, et qu'ils doivent jouir de ces avantages non à titre de *propriétaires* mais à titre d'*usagers*.

C'est là une conclusion de droit rationnel et naturel, et c'est là certainement aussi la théorie du Code Napoléon. Les arti-

[1] Callis (1622). Commentaire du statut 23 de Henri VIII, chap. v. (*statuts of sewers lectura secunda*, p. 97). — (Voy. Championnière, *Eaux courantes*, p. 26.)

Digitized by Google

cles 641 et 643, en statuant sur la source qui naît dans un fonds, disent expressément que le propriétaire du fonds est *propriétaire de la source ;* mais nulle disposition relative aux rivières non navigables ne qualifie le propriétaire riverain de *propriétaire du cours d'eau.* L'article 644 porte que « celui dont *la propriété* borde une eau courante peut *s'en servir* à son passage pour l'irrigation de ses propriétés ; et que celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en *user* dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la *charge de la rendre*, à la sortie de ses fonds, à *son cours ordinaire.* » Ainsi le Code suppose un droit de se servir ou d'user de l'eau, mais il n'attribue point la propriété même du cours d'eau aux riverains ; et toutes ses dispositions ont pour but de protéger l'usage commun des eaux en faveur de ceux que la situation de leurs héritages a rendus vraiment des usagers communistes.

Mais alors, dira-t-on, à qui appartiendra la propriété des cours d'eau ?

Pour répondre à cette branche de la question et se bien pénétrer d'ailleurs de l'esprit du Code Napoléon sur les cours d'eau, il faut remonter plus haut et interroger l'histoire du droit.

Tout le monde sait qu'en droit romain, les rivières qui avaient un cours continu pendant toutes les saisons de l'année (*aqua perennis*) étaient considérées comme choses publiques, sans distinction entre les rivières *navigables* ou *non navigables : omnia flumina publica sunt*, disent les Institutes : — *Pertinet interdictum ad flumina publica, sive navigabilia sunt, sive non sunt*, disent les Pandectes [1].

Mais les cours d'eau qui tarissaient pendant l'été, *torrens vel hyeme fluens*, ainsi que les ruisseaux de peu d'importance, *rivi*, étaient considérés comme un accessoire du fonds et une dépendance du domaine privé : *nihil enim differt a cœteris locis privatis flumen privatum. — Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium* [2].

Le droit de pêche dans les rivières navigables ou non navigables appartenait à tous, et sans distinction de riverains ou de

[1] Inst. II, 1, *de Divisione rerum*, Dig., I. 43, tit. 13, l. 1, § 2, *ne quid in flumine publico.*

[2] *Publicum flumen esse definit Cassius quod perenne sit.* (Dig. 43, 12, 1, §§ 1 et 3.)

Digitized by Google

non riverains. Les îles, qui se formaient dans le lit des rivières, appartenaient aux riverains, soit par moitié si elles naissaient au milieu de la rivière, soit privativement si elles se formaient d'un côté du fleuve. — Le lit abandonné par l'eau, qui se créait un nouveau cours, appartenait aux anciens riverains par droit d'accession [1].

Ainsi, en règle générale, les rivières navigables ou non navigables faisaient partie du domaine du peuple romain, et étaient avec leurs rives à l'usage de tous [2]. Par exception, les torrents et les ruisseaux formaient un accessoire du domaine des particuliers; et les Pandectes disaient, non comme les Institutes *flumina omnia*, mais avec plus d'exactitude *flumina pene omnia publica sunt* [3].

Sous l'ancier droit français, les rivières navigables *portant bateaux de leur fonds*, sans *artifices et ouvrages de mains*, faisaient partie du domaine de la couronne [4], ou, autrement dit, du domaine public administré par le roi à titre de souveraineté. — Les rivières flottables, ou rendues navigables par travaux de main d'homme [5], et celles qui n'étaient ni navigables ni flottables, étaient soumises à la haute justice seigneuriale; elles constituaient une dépendance du domaine public, démembré au profit des seigneurs hauts justiciers. C'était le principe du droit romain, *flumina pene omnia publica sunt*, mais avec la différence d'application qu'entraînait la division des pouvoirs publics dans la monarchie féodale de la France. — Tous les avantages de la rivière non navigable étaient réunis dans la main du seigneur haut justicier, droits de pêche, de prise d'eau, d'usine, de francs bords : les riverains n'en jouissaient que par la concession du seigneur. Les îles même formées dans le lit de la rivière appartenaient au seigneur; et si la rivière se traçait un nouveau cours par sa propre force, le lit abandonné appartenait au seigneur haut justicier et non aux riverains [6].

Le droit coutumier admettait, toutefois, la distinction du droit

[1] Inst. II, 1, 23.

[2] Inst. II, 4, § 4, *Riparum quoque usus publicus est jure gentium sicut ipsius fluminis.*

[3] Dig. I, 8, 4, § 1.

[4] Ordonnance de 1669, tit. 27, art. 41.

[5] Poullain du Parc, *Droit coutumier de la Bretagne.*

[6] *Traité du Domaine*, de Lefèvre-Laplanche, ch. 1er.

Digitized by Google

romain ; il ne considérait pas tous les cours d'eau comme une dépendance du domaine public ou seigneurial ; il distinguait des rivières les simples ruisseaux : ceux-ci appartenaient aux propriétaires riverains comme formant un accessoire du fonds [1].

En 1789, la féodalité est abolie généralement par les décrets du 4 août. Le droit de cours d'eau est supprimé spécialement ou comme *droit de fief* par le décret du 15 mars 1790 qui abolit toute supériorité et puissance résultant du régime féodal (art. 1er) ; ou comme *droit de haute justice* par le décret du 13 avril 1791 qui abolit tous les droits dépendants de la justice seigneuriale (art. 13).

Que deviennent alors les droits attribués à la haute justice sur les rivières non navigables? — Ils retournent à leurs principes naturels. Le droit de pêche, le droit d'irrigation, le droit aux îles formées dans la rivière, le droit exclusif à la pleine propriété des rives sont des avantages naturels qui font retour aux riverains. Le droit de concession d'usine qui intéresse l'industrie, la police générale du cours d'eau qui intéresse l'agriculture, l'industrie et la salubrité du pays font retour à l'administration de l'État.

C'est dans cet esprit que les rapports sont présentés à la Constituante et que sont rendus les décrets et les instructions publiques de l'Assemblée.

Le rapporteur de la loi du 22 novembre 1790 sur le domaine, Enjubault, s'exprimait ainsi : « L'effet naturel de la *propriété publique* est d'attirer et de confondre en elle-même la *propriété privée*. Notre Code législatif a adopté cette règle. L'ordonnance « de 1669, l'édit de 1710, adjugeaient à l'État les rivages et relais « de la mer ; et, avant vos décrets, le simple haut justicier jouissait de plusieurs prérogatives de même nature, dans l'étendue « de la haute justice, parce *qu'il était dépositaire de la puissance « publique* sur ce territoire ; il exerçait, *à ce titre*, des droits de « propriété sur les chemins publics, les *petites rivières*, etc. [2] »

Arnoult (dans un rapport du 23 avril 1791) divisait, conformé-

[1] Loyseau, *Seigneuries*, chap. 12, n° 120. — Bacquet, *du Domaine*. — Lefèvre-Laplanche, *du Domaine*. — Henrion de Pansey, *Justice de paix*. — Merlin, *Quest de droit*, t. II, v° *Eaux*, p. 100 et suiv.

[2] *Moniteur*, 1790, n° 313.

Digitized by Google

ment au droit coutumier, les cours d'eau, en fleuves navigables, rivières ordinaires et simples ruisseaux ; et il ajoutait, à l'égard des rivières non navigables : « Nécessaires aux besoins de tous, « ces rivières non plus que les fleuves ne pouvaient être la pro- « priété d'un seul ; envahies par les seigneurs justiciers au même « titre et de la même manière que les fleuves navigables, *comme « eux elles doivent rentrer dans la main de la nation ;* elles ne « peuvent pas même appartenir à une communauté d'habitants « parce qu'elles formeraient alors *une propriété particulière et « spéciale*... Au surplus..., si les eaux des fleuves ne peuvent « être la propriété exclusive d'un individu parce qu'elles sont « nécessaires aux besoins de tous, le lit qui les contient, ne pou- « vant être séparé d'elles ni se prêter à l'usage exclusif de per- « sonne, est ainsi qu'elles la *propriété de tous* [1]. »

Le décret du 22 novembre 1790, sur le domaine, après avoir indiqué, par forme énonciative, les chemins publics, les rues et places des villes, les *fleuves et rivières navigables*, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, etc., ajoute : « et *généralement toutes les parties du territoire national « qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considé- « rées comme des dépendances du domaine public.* » Or, en droit romain et dans le droit coutumier de la France, on n'avait pas considéré les rivières non navigables comme *susceptibles de propriété privée :* il est donc bien présumable que l'intention des auteurs du décret était de comprendre dans cette disposition générale les rivières qui avaient dépendu des hautes justices et n'avaient jamais fait partie du domaine des particuliers. Cette présomption puise une nouvelle force dans les expressions des rapporteurs que nous avons citées, et dans la volonté manifestée par l'Assemblée constituante de suivre, en sa législation sur les eaux, l'esprit du droit romain : c'est ainsi que dans le Code rural du 28 septembre 1791 elle admit cette disposition, que tout propriétaire riverain d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable pouvait, *en vertu du droit commun*, y faire des prises d'eau, disposition dont il était trop facile d'abuser et qui n'a pas été maintenue dans le droit actuel, mais qui atteste sur l'usage des eaux courantes une intention conforme aux principes du droit romain, lequel dans la classification et l'usage des *choses*

[1] *Procès-verbaux* de l'Assemblée constituante, t. LIII.

Digitized by Google

publiques ne faisait aucune différence entre les rivières navigables et les rivières non navigables.

Du reste, l'Assemblée nationale, sans statuer formellement sur la propriété des cours d'eau [1], posa dans ses décrets et ses instructions législatives des principes d'administration en rapport avec l'idée que les rivières non navigables étaient une chose d'utilité générale soumise à la suprématie administrative.

Ainsi, le décret du 22 décembre 1789 [2] porte « que l'autorité « administrative est chargée de l'administration relative à la « conservation des forêts, *rivières* et chemins et autres choses « *communes*, » sans distinguer entre les rivières navigables et non navigables.

Ainsi, le décret du 12 août 1790, contenant une instruction de l'Assemblée nationale sur les fonctions administratives, porte (au chapitre sur l'agriculture et le commerce) que « les administra- « tions doivent rechercher et indiquer les moyens de *procurer le* « *libre cours des eaux*, d'empêcher que les prairies ne soient « submergées par la trop grande *élévation des écluses* de mou- « lins et par les autres ouvrages d'art établis sur les rivières ; de « *diriger enfin autant qu'il sera possible toutes les eaux de leurs* « *territoires vers un but d'utilité générale* d'après les principes « de l'irrigation. »

Ainsi, le décret du 28 septembre 1791 donne à l'administration

[1] Le 23 avril 1791, l'Assemblée, après avoir entendu le rapport ci-dessus indiqué d'Arnoult (député de Dijon), « chargea ses comités de féodalité, du domaine, du commerce et de l'agriculture, de lui présenter incessamment des principes généraux et constitutionnels sur la propriété des cours d'eaux, sur la liberté des irrigations, et sur la conservation de la pêche. » — Mais il n'y eut, depuis cette invitation, que l'article 4 du décret du 20 septemboe 1791, sur la *liberté des irrigations pour les riverains des fleuves et rivières, sans néanmoins en détourner le cours d'une manière nuisible au bien général et à la navigation*. — M. Henrion de Pansey, *Just. de paix*, fait observer que, quant à la question *de propriété*, les choses sont restées dans le même état jusqu'au Code Napoléon, qui, par l'article 644, donne aux propriétaires voisins des petites rivières la faculté de *s'en servir, d'en user* pour l'irrigation ; et il ajoute : « Quant à la *propriété* de ces rivières, même silence que dans les lois antérieures » (*Compét. des juges de paix*, ch. 26, p. 260). La Convention, séance du 6 août 1793 (proc.-verb., t. XX, p. 165), sur la proposition de Cambacères, admit, dans le projet du Code civil, comme dépendances du domaine public, les rivières, tant navigables que non navigables, et leurs lits.

[2] Indiqué aussi par les auteurs, sous la date du 1er janvier 1790.

Digitized by Google

départementale « le droit *de fixer la hauteur* à laquelle les eaux devront être tenues pour ne nuire à personne. »

Et enfin, les rivières non navigables sont si bien considérées par le législateur comme étant en dehors du domaine privé, que la loi du 3 frimaire an VII sur l'impôt foncier statue par son article 103, « que les rues, places publiques, grandes routes, che- « mins publics et vicinaux et les *rivières*, ne sont pas *cotisables*. » —Elle ne distingue pas plus que le décret du 22 décembre 1789 entre les rivières navigables et celles qui ne le sont pas. — On peut donc conclure, avec certitude, que la législation intermédiaire, qui est comprise entre ces deux époques de 89 et de l'an VII, a consacré la théorie que les rivières non navigables ne sont pas un objet de propriété privée.

Le Code Napoléon a implicitement adopté le même principe. L'article 544 définit la propriété « le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue; » et l'article 644 borne le droit des riverains au droit de se *servir* et d'*user* de l'eau à son passage à *la charge* de la rendre à *son cours ordinaire*. Ce texte de l'article 644 suppose le principe du droit romain, du droit coutumier et du droit intermédiaire, qui classaient les rivières non navigables en dehors des objets du domaine privé. Si le Code civil avait voulu s'écarter de l'ancienne doctrine appliquée par les lois de la révolution, il l'aurait dit formellement. Pour maintenir l'ancien principe, il n'avait pas besoin d'une déclaration explicite; pour s'en écarter, il eût fallu, selon le procédé ordinaire de ses rédacteurs, une disposition expresse. Or, bien loin de contenir une disposition qui eût été nécessaire, il contient l'article 714 qui reçoit naturellement son application aux rivières non navigables. Cet article faisant partie des dispositions générales *sur les différentes manières dont on acquiert la propriété*, porte : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et *dont* « *l'usage est commun à tous ;* des lois de police règlent la manière « d'en jouir ; » en appliquant cette disposition à l'eau courante, *aqua profluens*, que le droit romain déclarait *chose commune*, il en résulte que l'eau courante, dans les rivières *navigables*, n'appartient à personne, mais que *l'usage en est commun à tous*, c'est-à-dire fait partie du domaine public, placé sous l'administration de l'État; — et que l'eau courante, dans les rivières *non navigables*, n'appartient à personne, mais que *l'usage en est commun à tous* les riverains, sous la surveillance, la tutelle de l'État, qui

Digitized by Google

représente la société intéressée à ce que les cours d'eau du territoire reçoivent la direction la plus utile aux besoins collectifs de l'agriculture et de l'industrie. Cela ne veut pas dire certainement que l'eau des rivières non navigables soit comme l'eau des rivières navigables, une *dépendance du domaine public ;* mais cela veut dire que, naturellement destinée à l'usage des riverains, elle doit être appliquée à leur avantage commun sans que l'intérêt public de la société puisse en souffrir. Aussi l'article 644 a bien distingué, quant à l'usage, le *riverain* de l'eau courante non navigable du *riverain* de l'eau navigable. Il donne au premier le droit d'irrigation; il le refuse au second; et par ce refus, il abroge l'article 4 du Code rural de 1791 qui donnait le droit d'irrigation même aux riverains des fleuves et rivières navigables.

Voudrait-on s'appuyer contre notre thèse du texte même de l'article 644 et dire par un argument *à contrario :* L'article 644 accorde le droit d'irrigation à celui dont la propriété borde une eau courante, *autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public* par l'article 538 ; donc l'article ne considère pas l'eau courante des rivières non navigables comme une *dépendance du domaine public* ; donc il la considère comme une dépendance du *domaine privé.* — Ce serait une confusion de principes qu'il faut soigneusement éviter. Il est reconnu, en droit, que le *domaine public* n'est pas un objet de propriété, ou, comme dit M. Proudhon, n'est pas un domaine *de propriété.* Il est un objet d'administration. L'Etat n'est pas propriétaire, il est administrateur des objets qui dépendent du *domaine public.* — Le domaine privé, au contraire, dans le langage du droit, est identique à la propriété; c'est celui qui appartient, à titre particulier, aux individus et aux personnes civiles. Une chose comme l'eau peut être utile au domaine privé sans être l'objet de la propriété privée : le cours d'eau, par exemple, est utile à la propriété du riverain sans en faire partie : une source, au contraire, qui naît dans un fonds, est dans le domaine privé comme le fonds lui-même, parce qu'elle en fait partie. Quand il s'agit de *l'eau courante,* comme dans l'article 644, il ne faut donc voir que *l'usage* de l'eau dont le riverain peut se servir; et si cette eau est différente de celle déclarée dépendance du *domaine public,* il ne faut pas en conclure qu'elle fait partie du *domaine privé :* chose d'utilité générale par sa nature, c'est son *usage* seulement qui est dans le domaine privé, comme l'*usage* de l'eau navigable est dans

Digitized by Google

le domaine public. Mais comme *l'eau navigable* n'est pas un *objet de propriété*, même pour l'État qui n'en est que l'administrateur, l'eau courante non navigable n'est pas un objet de propriété, même pour *les riverains* qui n'en ont que l'usage en commun, et qui ne sont dès lors que des *usagers communistes* sous la surveillance, la tutelle administrative de l'État.

Voudrait-on argumenter encore[1] du mot de *propriété* qui se trouve dans l'article 645, et dire qu'il s'applique à la *propriété des eaux?* L'article est ainsi conçu : « S'il s'élève une contestation « entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, « les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'*intérêt de l'a-* « *griculture* avec le respect dû à *la propriété*, et, dans tous les « cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage « des eaux doivent être observés. » — L'article 645 est bien près de l'article 644, sur le droit de se servir des eaux à leur passage, pour pouvoir supposer qu'il exprime un principe différent. Certes il eût été bien facile au législateur, s'il eût voulu attribuer la propriété même du cours d'eau au riverain, de dire dans cet article 645 : S'il s'élève une contestation entre les *propriétaires des cours d'eau* auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, etc.; de même qu'après avoir dit en l'article 641 : Celui qui a une source dans son fonds, peut *en user à volonté*, il dit, article 643 : le *propriétaire de la source :* il ne lui était pas plus difficile de dire, article 645, les *propriétaires des cours d'eau*, qu'il ne l'avait été de dire le *propriétaire de la source*, article 643. Il ne l'a pas fait; et évidemment avec une intention bien marquée de ne pas assimiler les riverains des cours d'eau aux propriétaires des sources. Que signifie dès lors ce mot *de propriété* inséré dans l'article 645? On doit remarquer qu'il est placé là par opposition à l'intérêt de l'*agriculture :* or, l'intérêt opposé à celui de l'agriculture, c'est celui de l'industrie, des moulins, des usines, ou en d'autres termes l'intérêt ou le droit de la *propriété industrielle*. Quand il s'agit de concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété, le législateur ne peut donc avoir en vue que la propriété bâtie sur les cours d'eau, la *propriété* des usines ; et c'est ainsi que l'article 645 se concilie parfaitement avec les articles 644 et 643.

Enfin, dira-t-on, peut-être, comment se fait-il qu'aucune dis-

[1] C'est un argument présenté par M. Championnière.

Digitized by Google

position du Code ne s'applique *directement* aux cours d'eau non navigables pour en déterminer le caractère juridique ? — A cela nous répondrons avec la cour de cassation, et nous avions répondu même avant l'arrêt du 10 juin 1846 [1], par l'article 714 que nous avons cité plus haut : « Il y a des choses qui n'appar-« tiennent à personne et dont *l'usage est commun* à tous ; des lois « de police règlent la manière d'en jouir. »

Rien ne s'applique plus *directement* que cet article à la nature des cours d'eau non navigables dont la propriété n'appartient réellement à personne et dont l'*usage est commun à tous* les riverains, sous la tutelle administrative de l'État.

Il faut bien déterminer ici la portée de ce que nous appelons la *tutelle administrative*, qui est plus qu'un droit de police et qui est moins qu'un droit d'administration directe et de juridiction. La tutelle administrative a des attributions très-étendues dans la gestion des intérêts communaux ; c est elle qui supplée à l'incapacité des personnes morales et collectives pour leur conférer les droits d'aliénation, d'acquisition et autres qu'elles ne peuvent exercer par elles-mêmes. Sous ce rapport, la tutelle administrative est plus étendue et plus efficace que la tutelle civile des personnes individuelles, qui a besoin du concours d'un conseil de famille ou de la justice pour donner des autorisations valables.— L'État, gardien de l'intérêt général, réglera par son droit de police la hauteur des eaux, le nombre, la dimension des déversoirs, et dirigera, autant que possible, vers un but d'*utilité générale*, les eaux de chaque partie du territoire français ; mais de plus, surveillant des *intérêts collectifs* de l'agriculture et de l'industrie, qui se rattachent à la jouissance des cours d'eau non navigables, il exercera la tutelle administrative sur les usagers communistes de ces rivières et sur les rivières elles-mêmes, en concédant le droit d'établir des usines, de faire des prises d'eau et des barrages pour l'irrigation des terres, de construire des aqueducs dans l'intérêt local ou général. Il exercera encore la tutelle administrative en faisant des règlements d'eau pour déterminer avec précision les droits respectifs des riverains et assurer l'accomplissement des obligations que leur impose la qualité *d'usagers communistes*. — Par l'exercice de cette tutelle, l'État garantit les in-

[1] L'application de l'art. 714 est indiquée dans la 1re édition de notre *Cours de droit adm.*, 1839.

Digitized by Google

térêts collectifs de l'agriculture et de l'industrie, sans méconnaître les droits particuliers des riverains.

Passons à la deuxième question qui se lie à la première et fortifie encore sa solution; nous voulons parler de la question relative *au lit des cours d'eau.*

L'eau courante, *aqua profluens,* est placée par sa nature hors du domaine privé; le lit qu'elle s'est formé est un accessoire; l'accessoire suit la nature du principal; le lit de la rivière est donc aussi en dehors du domaine privé : *impossible est*, dit Ulpien, *ut alveus fluminis publici non sit publicus* [1].

C'est le droit fondé sur la raison.

Le Code ne s'occupe du lit des rivières que lorsqu'il *est abandonné,* et il y a cela de très-remarquable, qu'à cet égard l'article 563 ne fait aucune différence entre *les rivières navigables* ou *flottables* et celles qui ne le sont pas. Le *lit abandonné* est attribué, dans tous les cas, au propriétaire du terrain envahi par la nouvelle direction des eaux. Pour le législateur français, le lit de la rivière fait corps avec elle, les eaux et leur lit forment un tout indivisible; tant que l'eau courante a la même direction, le lit de la rivière n'appartient *à personne :* c'est une chose qui ne devient susceptible d'appropriation et du droit de propriété que lorsqu'elle peut être occupée réellement par un possesseur.

La loi romaine voulait que cette chose abandonnée par l'eau appartînt aux riverains [2]; la coutume féodale l'attribuait au seigneur haut justicier : le législateur moderne a innové; il veut que le propriétaire du fonds nouvellement occupé prenne l'ancien lit abandonné. Mais, où la loi moderne et positive qui nous régit puise-t-elle le droit d'attribuer ainsi le lit de la rivière navigable ou non navigable, mis à découvert par le changement du cours de l'eau? — Elle ne peut le puiser que dans le droit de l'État lui-même.

1° En ce qui concerne le lit abandonné des fleuves navigables, le droit de l'État est incontestable. Le fleuve est une dépendance du domaine public; or, il est de principe que, lorsqu'une chose cesse, par un changement de destination, de dépendre en totalité ou en partie du domaine public, elle passe, de plein droit, dans le domaine de l'État [541]. Le lit du fleuve, par cela même qu'il

[1] Dig. Lib. 43, tit. 2. l. 1, § 7 *de Fluminibus.*
[2] Inst. II, 1. 23.

Digitized by Google

est abandonné, cessant d'être une dépendance du domaine public, fait donc partie du domaine de l'État; et le législateur, en l'attribuant par l'article 563 au propriétaire du terrain occupé par le nouveau cours, dispose d'une chose qui appartient à l'État; il use évidemment de son droit.

2° En abuse-t-il quand, par le même article, il fait une attribution semblable du lit abandonné par la rivière non navigable? -- Nous avons prouvé que l'eau courante, qui fait avec son lit un tout indivisible, ou *le corps de la rivière*, n'appartient pas aux riverains; que l'usage seul et les avantages qui en peuvent naître sont reconnus en leur faveur : et si, du lit même de la rivière, que le législateur n'a nullement distingué de l'eau courante, on veut faire une chose à part ; si l'on veut, par prévision d'une séparation possible, considérer isolément le lit de la rivière, c'est alors une chose *non appropriée*, une chose qui, au moment de la séparation des eaux, naît pour le droit et *n'a pas de maître*. Or, l'article 713 dit que les biens qui *n'ont pas de maître, appartiennent à l'Etat* : donc, au moment où le lit est mis à découvert par l'eau qui se retire et change de place, la chose qui n'était pas auparavant susceptible de propriété privée, mais qui tout à coup en devient susceptible, la chose qui se trouve *sans maître* tombe dans le domaine de l'État : *ex facto nascitur jus*. Le législateur peut par conséquent, pour le lit abandonné par le cours d'eau non navigable, comme pour le lit abandonné par le fleuve, en disposer, comme de sa chose ou de la chose de l'État, en faveur du propriétaire dont le terrain est envahi par le nouveau cours de la rivière ou du fleuve.

Mais il en fait l'attribution à ce propriétaire dépossédé par le nouveau cours, à quel titre? — A titre d'*indemnité*, dit l'article 563.

Ici une raison péremptoire se présente pour fixer le caractère du droit relatif au lit des rivières non navigables. Si la propriété de l'ancien lit avait, dans l'esprit du Code, nécessairement appartenu aux riverains, ou la loi civile, qui respecte la propriété, l'aurait laissée à ces derniers ; ou la loi, en les expropriant en faveur d'autrui, leur aurait assuré une indemnité : au contraire, c'est expressément à titre d'*indemnité* qu'elle attribue l'ancien lit aux propriétaires dépossédés par le changement du cours de l'eau. Pourquoi donc cette indemnité? La raison en est évidemment que dans nos principes de droit consacrés par l'article 545,

Digitized by Google

« il est dû *indemnité* toutes les fois qu'il y a expropriation pour cause d'utilité publique. » Ici, le propriétaire du fonds nouvellement occupé par l'eau se trouvant dépossédé par la force des choses, pour une cause naturelle, reçoit une indemnité en nature de fonds ; et le nouveau lit de la rivière, pour lequel l'indemnité est donnée, est incorporé à une chose d'utilité générale ou d'intérêt collectif pour l'agriculture et l'industrie [1]. — Si ce nouveau lit venait lui-même à être abandonné, il ne retournerait pas à son ancien propriétaire (comme dans le droit romain [2]) ; il serait attribué pour la même cause à celui qui serait nouvellement dépossédé par le changement du cours de l'eau. En dernière analyse, le droit de propriété et d'indemnité n'est reconnu qu'en faveur de celui qui est nouvellement privé de son fonds ; quant au riverain du lit abandonné, en ce qui concerne cet ancien *lit* de la rivière, il est mis tout à fait en dehors de l'application du principe relatif à la propriété.

Il convient d'ajouter, au surplus, que l'esprit du Code civil à cet égard a été reconnu et suivi par la loi sur la pêche du 15 avril 1829. Aux termes de l'article 3, *dans le cas où des cours d'eau seraient rendus ou déclarés navigables ou flottables*, les propriétaires riverains qui *seront privés du droit de pêche* auront droit à une indemnité préalable. La loi accorde indemnité pour le droit de pêche qui appartient incontestablement aux riverains ; mais elle n'accorde pas d'indemnité pour la prétendue propriété *du lit* du *cours d'eau*, qui, dans le système que nous combattons, passerait alors du domaine privé dans le domaine public. Si le législateur de 1829 avait considéré les riverains comme propriétaires du lit de la rivière non navigable, il n'aurait pu se dispenser de leur accorder une indemnité à ce sujet, comme il l'a fait pour la privation du droit de pêche et même pour l'établissement de la servitude de halage.

En législation, comme en théorie, l'eau courante est chose commune, utile à tous et principalement destinée à l'usage des riverains ; le lit creusé par son passage est un accessoire de même nature juridique. Il échappe à l'appropriation, à la *pro-*

[1] Novus autem alveus ejus juris esse incipit cujus et ipsum flumen est, id est *publicus*. (Inst. II, 1, 23, 5.)

[2] Rursus novus alveus eorum esse incipit qui propè ripam ejus prædia possident. (*Id.*)

Digitized by Google

priété privée tant qu'il conserve sa destination naturelle. C'est le cas de répéter la raison pleine de sens et de logique donnée par Ulpien : *impossibile est ut alveus fluminis publici non sit publicus* [1].

La doctrine qui place le *très-fonds* ou le lit des cours d'eau non navigables ni flottables *hors de la propriété privée* nous paraît donc la seule vraiment conforme aux principes du droit [2].

Cette doctrine a été vivement repoussée par M. Troplong, dans son beau *Traité des prescriptions*; et la raison sur laquelle le célèbre auteur fonde la propriété privée du lit des rivières non navigables est tirée du rapprochement des articles 560, 561. Il dit, en résumé : ces articles sont placés sous le titre de l'*Accession*; l'article 560 déclare que les îles et atterrissements qui se forment dans les fleuves et rivières appartiennent à l'État. Pourquoi ? parce que l'État est propriétaire du lit des fleuves et que l'accessoire suit la nature du principal. — L'article 561 attribue aux propriétaires riverains les îles et atterrissements formés dans les rivières non navigables. Pourquoi ? Évidemment par l'application du même principe que l'accessoire suit le principal [3].

La raison du savant magistrat est donc prise de l'application que l'on doit nécessairement faire aux deux dispositions du Code de la règle *accessorium sequitur naturam principalis*. — Mais si l'on établit que l'article 560 n'est pas fondé sur cette règle, il s'ensuivra qu'on ne doit pas dès lors regarder cette règle comme le fondement nécessaire de l'article 561. La démonstration, à cet égard, nous paraît complète. Le Code Napoléon a consacré la distinction entre le domaine public et le domaine de l'État ; c'est aujourd'hui un principe incontestable et que le *Traité du domaine public*, par M. Proudhon, a entouré de la plus vive lumière. Or l'article 538 dit que les fleuves et rivières navigables sont des dépendances du *domaine public*. L'article 560 dit que les îles et atterrissements formés dans leur lit *appartiennent à l'État :* donc il y a une différence entre les fleuves et leurs îles quant au *domaine de propriété*. Tout le

[1] Dig., lib. 43, tit. 22, l. 1, § 2.

[2] Nous disons *hors de la propriété privée*, et nous ne disons pas dans le *domaine public*, comme le fait M. Proudhon. Il y a là une distinction qui n'est pas une distinction de mots, et cette discussion le prouve en plusieurs endroits.

[3] Voir M. Troplong, *Commentaire du titre la Prescription*, t. I, n° 145.

Digitized by Google

monde peut naviguer sur un fleuve ; tout le monde ne peut jouir de l'île qui surgit d'un fleuve. Le fleuve est inaliénable et imprescriptible ; l'usine établie sur le lit de ce fleuve (depuis 1566) sera toujours censée établie par tolérance et la possession ne sera jamais une cause de propriété[1] : au contraire, l'île née d'un fleuve est aliénable et prescriptible comme tout autre *domaine de l'État*. Il ne faut donc pas dire que la règle *accessorium*, etc., soit ici applicable, puisque l'île aura, en droit, une nature différente de celle du fleuve et de son lit. — Le même raisonnement s'étend à l'article 561. L'île née d'une rivière non navigable peut être attribuée en propriété aux riverains sans en conclure que la rivière et son lit leur appartiennent. La loi a été libre d'attribuer les îles et atterrissements aux riverains qui y ont le plus d'intérêt par leur voisinage, comme le droit romain attribuait aux riverains les îles des fleuves, bien que les fleuves fissent partie du domaine public[2]. Ces attributions sont indépendantes de la question de propriété du lit des fleuves et rivières. En ce qui concerne les rivières non navigables, il est naturel que les îles qui se sont formées aux dépens des terres riveraines appartiennent, comme une sorte de dédommagement, aux propriétaires riverains. — L'argument fondé sur une identité de principes entre les articles 560 et 561 n'a donc pas de base suffisante ; la règle *accessorium sequitur naturam principalis* n'est applicable ni à l'un ni à l'autre ; et nous avons prouvé plus haut que l'argument tiré de l'article 563 est d'une toute autre portée, puisque, d'après cette disposition, le *lit abandonné* par une rivière non navigable est attribué, non aux riverains, mais aux propriétaires des fonds nouvellement occupés par le cours de l'eau. Si le riverain avait été réputé légalement propriétaire du lit *couvert par l'eau*, il n'aurait pas été privé par la loi du lit *mis à découvert*.

Les principes de notre législation sur les rivières non navigables et leur lit étant posés et reconnus, on pourrait jeter un coup d'œil d'ensemble sur les opinions des principaux jurisconsultes qui se sont occupés de cette matière.

[1] On sait que c'est l'édit de 1566 qui a fixé définitivement les règles sur l'*inaliénabilité* du domaine de la couronne.

[2] Inst., lib. 2, § 6, *de rerum Divisione* ; — Dig., lib. 43, tit. 12. l. 1, § 6, *Si insula in publico flumine*.

Digitized by Google

S'il s'agissait de compter et d'apprécier les autorités modernes les plus imposantes, il y aurait une incertitude également honorable pour les deux systèmes. En effet, le système favorable à la *propriété privée des cours d'eau* peut invoquer principalement à son appui les noms de MM. Toullier, Troplong, Cormenin, Daviel, Championnière [1]; et le système contraire peut opposer à Toullier qui décide la question sans la discuter [2], Merlin qui la discute avec sa science de l'ancien droit et sa pleine connaissance du droit intermédiaire, *cujus pars magna fuit* [3]; à M. le premier président Troplong on peut opposer M. Henrion de Pansey et la cour de cassation elle-même dans son arrêt du 10 juin 1846; à MM. Cormenin, Daviel et Championnière, on peut opposer MM. Macarel, Rives et Proudhon, le savant auteur du *Traité du domaine public* [4]. Mais personne n'a le droit de peser de telles autorités pour et contre; les arguments seuls appartiennent à la discussion : nous les avons examinés dans les observations qui précèdent. Toutefois, nous devons faire une mention spéciale du livre *sur les eaux courantes*, et des arguments nouveaux publiés par M. Championnière, qu'une mort bien regrettable a enlevé à la jurisprudence.

Je professe une grande estime pour les travaux de l'auteur, et je n'hésite pas à le regarder comme un des esprits de notre époque les plus fortement trempés pour la science du droit. Je ne suis donc pas suspect dans l'appréciation de son dernier travail. Le livre de M. Championnière, sur les *Eaux courantes*, est un trésor de savoir et de logique où l'on trouve infiniment de choses, mais on y sent presque à chaque page l'effort d'un vigoureux esprit pour plier les textes à son opinion et se persuader à lui-même qu'il saisit la vérité toujours aussi fugitive que la propriété qu'il veut établir sur l'élément mobile : l'ouvrage de

[1] Il est d'autres autorités dans le même sens, telles que celles de MM. Pardessus, Duranton, Hennequin, Garnier, Cotelle, Dufour, etc.

[2] *Droit civil*. T. III, n° 147.

[3] *Questions de droit*. Tome II. V° *Eaux*.

[4] Le système opposé à la propriété privée peut invoquer aussi les noms de M. Tarbé, Chevalier, Foucard, Nadault de Buffon, etc. — Dans les écoles de droit, cette grave question des cours d'eau non navigables a préoccupé de jeunes docteurs. La question a été traitée avec soin dans plusieurs thèses pour le doctorat. Je citerai spécialement les thèses de MM. Gardin de Labourdonnaie (faculté de Rennes, 1847), Calmeil (faculté de Poitiers, 1849), Vingtain (faculté de Paris, 1852.)

Digitized by Google

M. Championnière, sur les *Eaux et les Institutions seigneuriales*, est né à l'occasion d'un procès ; là est peut-être le secret de sa force et de sa faiblesse; de sa force, à cause de l'ardeur avec laquelle ses anciennes recherches d'érudition sur les institutions féodales ont été reprises et continuées ; de sa faiblesse, parce que la question spéciale a exercé une grande influence sur l'esprit de l'écrivain. On s'aperçoit, à la lecture du livre, que pour l'auteur, les rivières non navigables sont plus qu'une thèse de droit ; elles sont une cause à laquelle le jurisconsulte porte l'intérêt généreux de l'avocat.

Le cadre du livre est très-vaste ; le point de vue est restreint. Entreprendre toute l'histoire des institutions seigneuriales, pour les voir en action à l'occasion des cours d'eau, c'était un plan hardi, mais dangereux pour l'histoire. Il était difficile que l'historien ne fût pas entraîné quelquefois à trop généraliser les faits particuliers ou à trop spécialiser des institutions qui avaient un caractère de généralité. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner des questions d'histoire ; mais nous citerons un exemple, c'est l'origine prétendue *romaine* des justices seigneuriales, et la séparation *primitive* de la *justice* et du *fief*. Nous avons prouvé ailleurs [1], par des textes irrécusables, combien le savant auteur s'était éloigné de la vérité historique et juridique en faveur de la thèse particulière sur les cours d'eau non navigables, et cependant, c'est dans l'œuvre de M. Championnière un point capital.

Dans la présente discussion, nous ne voulons produire que des observations de l'ordre purement théorique, et nous choisissons les propositions que M. Championnière a établies comme les bases rationnelles de sa doctrine.

L'auteur dit (p. 19) « que, dans sa théorie, la propriété des *rivières* sera la même que celle des *champs*, relativement au *principe* et au *droit*, et non sous le rapport de son *exercice* et de sa *jouissance*. »

Mais quand il s'agit de reconnaître le *principe de propriété*, la question est de savoir si, dans la nature des choses, on peut vraiment assimiler un champ et une rivière ; car, si l'eau courante, par la nature des choses, est susceptible seulement d'*usage* et non de *propriété exclusive*, on ne pourrait logiquement et juridique-

[1] V. l'*Histoire du droit français*, t. IV, et dans la *Revue critique de jurisprudence*, le tome de 1852.

Digitized by Google

ment arriver à l'égard des rivières qu'au principe du *droit d'usage*.

La question n'est donc pas bien posée ou bien résolue par M. Championnière. Si je prouve que tous les droits desquels on veut induire *le principe et le droit de propriété* sont seulement, par leur nature et leur exercice possible, des *droits d'usage*, on ne peut conclure que l'usage des eaux constitue l'exercice et la jouissance du droit de propriété. L'usage, dans cette condition de la nature des choses qui contient le vrai principe, l'usage prouve le *droit d'usage* et rien de plus.

Mais, reprend notre auteur, « l'usage ou l'usufruit est un *démembrement* de la *propriété*, et par conséquent il suppose la propriété. » — Écartons de la discussion le mot d'*usufruit* que nous n'avons pas employé dans la présente dissertation : l'usufruit suppose, en effet, un nu propriétaire [1]. — Mais l'*usage* n'est pas nécessairement un démembrement du droit de propriété. Quand il s'agit, par exemple, de l'usage dans une forêt, le droit d'usage peut être un démembrement de propriété, parce que la forêt, par sa nature, est susceptible de propriété. Mais quand l'usage porte sur une chose qui n'est pas par elle-même susceptible de propriété privée, il n'est pas un démembrement de propriété ; il n'est que ce qu'il peut être, un *droit d'usage*. Il en est ainsi de toutes les choses qui, par leur nature, dépendent du domaine public. En matière d'eau courante, l'usage ne peut conduire à la propriété que par la *séparation* qui constitue alors la propriété d'un objet particulier. Pothier nous donne à ce sujet, l'exemple très-naïf et très-saisissant de la *cruche d'eau* qu'un individu est allé puiser à une fontaine publique ou dans une rivière navigable ou non navigable. Il est devenu propriétaire de cette quantité séparée et mobilisée ; il a le droit de la vendre ; si

[1] Nous nous écartons en cela de la doctrine de Proudhon, qui emploie le mot d'*usufruit perpétuel*.

Nous nous en écartons aussi sur un point plus important. Dans le même passage (*Domaine public*. t. III, n° 967), M. Proudhon dit que le corps et le *très-fonds* du lit naturel des petites rivières font partie du *domaine public*.

L'expression n'est pas juste ; elle est repoussée légalement par l'article 644 du Code, qui distingue les eaux courantes dont il parle de celles qui sont déclarées par l'article 538, *dépendances du domaine public*.

Il est évident que le droit de *tutelle administrative* qui appartient à l'État sur les rivières non navigables, n'est pas le droit qui appartient à l'État sur le *domaine public* à l'égard duquel l'État a la plénitude du droit d'*administration* et de *juridiction*.

Digitized by Google

on l'en prive on viole son droit de propriété, il a l'action d'injure. Mais cette petite quantité d'eau n'est devenue propriété privée et mobilière que parce qu'elle a cessé de faire partie de l'*aqua profluens* qui est chose commune ou publique ; et cela n'empêche pas la fontaine, la rivière, l'eau courante d'être toujours ce qu'elle était, une chose *publique* ou *commune* [1].

Cependant, dit M. Championnière, « quand il s'agit des rivières navigables dépendant du domaine public, il y a un propriétaire, c'est l'État. » Erreur grave, et qu'on s'étonne de trouver dans son livre. — En matière de domaine public, l'État n'est pas propriétaire ; il est administrateur, pour assurer à la société et surveiller l'usage des objets compris dans le domaine public ; mais certes, il n'est pas propriétaire d'un fleuve, comme il est propriétaire d'une forêt : cela n'a plus besoin de démonstration, depuis le traité de Proudhon sur le domaine public.

« Ce ne serait pas comprendre la propriété, ajoute M. Championnière, que d'en borner la définition à *la faculté d'user et d'abuser.* » — Mais il faut bien s'entendre : la propriété est le plein pouvoir sur la chose, *plena potestas in re*, ou elle n'est pas la propriété ; c'est, comme le dit très-bien le Code Napoléon, le droit de disposer de la *chose de la manière la plus absolue.* Or le riverain peut-il (sans se préoccuper ici des règlements sur la police des eaux), le riverain peut-il disposer de l'eau de la *manière la plus absolue*, la retenir dans son domaine exclusif ? n'est-il pas évidemment limité par la force des choses, indépendamment de l'intérêt des riverains inférieurs ? — Il peut certes clore à son gré le champ qu'il cultive, mais il ne peut mettre une barrière infranchissable aux eaux qui viennent d'une source assez abondante pour mériter le nom de rivière. C'est donc la *nature des choses* elle-même, ce grand principe sur lequel les jurisconsultes romains fondaient la science et la philosophie du droit, qui s'oppose à ce que l'eau courante des rivières non navigables puisse être l'objet de la propriété privée ; et ce ne serait pas comprendre le droit de propriété dans toute sa force que de l'appliquer à des

[1] Le grand jurisconsulte Donneau a tort de repousser toute distinction entre l'*aqua profluens* classée par les Institutes comme *chose commune*, et l'*aqua fluminis* classée dans les *choses publiques*. Il est évident qu'il y a des différences *quant à l'usage*; et le bon sens des Institutes est plus sûr que le génie même du jurisconsulte (V. Donneili, *op. de Jure civili*, lib. IV, cap. II.)

Digitized by Google

choses sur lesquelles l'homme ne peut avoir sa pleine puissance, le droit de disposer *de la manière la plus absolue.*

Nous terminerons cette réfutation de la doctrine de M. Championnière par une autorité imposante pour tous, et par une définition. L'autorité est celle de Merlin dans ses Questions de droit : « *Il est indubitable*, dit le jurisconsulte, que les rivières (non navigables) destinées *à l'usage* commun de tous par une sorte de consécration publique n'appartiennent proprement à personne, et ne dépendent que de la puissance souveraine, sauf *l'usage particulier* que les propriétaires riverains ont *le droit d'en faire* pour leurs besoins et leurs avantages [1]. »

La définition est le résumé de la discussion qui précède ; tous les termes en sont d'avance justifiés : les rivières non navigables ni flottables sont une chose d'utilité générale, dont la propriété n'est à personne, et dont l'usage est commun à tous les riverains, sous la tutelle administrative de l'Etat.

Quelques mots suffiront pour la discussion de la troisième question, celle des ruisseaux et canaux artificiels.

Le droit romain, quand il n'est pas le droit primitif et exclusif de la cité, mais le droit *humain*, selon l'expression de Cicéron, était fondé sur la raison et recueillait ces notions élémentaires du bon sens qui constituait le droit naturel et des gens. Des jurisconsultes, comme Ulpien, ont enseigné que les rivières navigables ou non navigables étaient des choses publiques, mais ils ont distingué les cours d'eau intermittents et les ruisseaux des rivières. Ils ont dit qu'il fallait distinguer les ruisseaux des rivières par le peu de volume de leur cours et l'opinion des habitants du pays ; ils ont considéré ces petits cours d'eau comme un accessoire du fonds ; ils ne les ont pas différenciés des autres parties du domaine privé : *cessabit interdictum... nihil enim differt a cœteris locis privatis flumen privatum* [2].

[1] MERLIN, *Question de droit*, t. II, p. 101, col. 1.

L'arrêt de la cour de cassation du 10 juin 1846 est fondé sur le même principe, *le droit d'usage*. Les trois premiers motifs de l'arrêt établissent la doctrine avec force et clarté. Quant au quatrième motif, il ne nous paraît pas conforme à la véritable interprétation de l'art. 713, dans ses rapports avec la question du *lit abandonné* ; question sur laquelle la cour n'avait pas à statuer. M. Championnière a combattu l'arrêt du 10 juin, dans un article de la *Revue de législation*, qui n'ajoute aucune force aux arguments de son livre. (*Revue de législation*, 1847, 1, p. 42. Le texte de l'arrêt s'y trouve.)

[2] Dig., lib. 43, tit. 22, l. 1, § 4.

Digitized by Google

La féodalité, qui n'était pas peu envahissante et qui soumettait toutes les choses de valeur à ses droits et prérogatives, n'a pas confondu les rivières non navigables et les petits cours d'eau. L'auteur de la *Somme rurale*, Bouteiller, au commencement du xve siècle, distinguait les *grandes rivières* qui dépendaient du roi [1], les *rivières moyennes* qui dépendaient des seigneurs hauts justiciers, et les *petites rivières* qui dépendaient des simples particuliers. Les coutumes avaient même porté l'attention jusqu'à indiquer le moyen d'éviter les difficultés; elles regardaient comme *rivières moyennes*, et par conséquent seigneuriales, celles qui avaient au moins *sept pieds* de largeur ; — les cours d'eau qui avaient une largeur moindre étaient considérés comme l'accessoire du fonds riverain, et la féodalité respectait le droit de pêche et tous les avantages du cours d'eau en faveur des particuliers.

C'est le droit que Loysel a établi comme règle générale dans ses Institutes coutumières [2], que Pasquier enseignait dans ses Institutes de Justinien conférées avec les coutumes générales de la France, et publiées de nos jours pour la première fois [3] ; c'est le droit enseigné par Pothier [4], et qui a été reçu par les domanistes et les feudistes depuis le commencement du xve siècle jusqu'à la fin du xviiie, depuis la *Somme rurale* de Bouteiller, jusqu'au *Code rural* de Boucher d'Argis qui énonce formellement comme *maxime :* « Les petites rivières qui ont au moins sept « pieds appartiennent aux seigneurs, et les *ruisseaux* aux pro- « priétaires des héritages contigus [5]. »

C'est une règle de bon sens, qui a passé du droit romain dans le droit coutumier de la France, en se précisant de plus en plus ; et il n'y a pas de motif pour que le droit actuel ne soit pas aussi libéral envers les riverains que le droit féodal ou coutumier. La

[1] *Somme rurale*, l. I, tit. 73. — Le livre des *Fiefs*, dans la partie publiée par Cujas, contient une constitution de Fréderic (xiie siècle), qui indiquait comme dépendant des droits régaliens *quæ sunt navigabilia* (Liber. sent.)

[2] *Institutes coutum.*, lib. II, tit. 2, art. 5 et 6. — Édition de MM. Dupin et Laboulaye, t. I.

[3] *Institutes de Justinien*, éditées par M. Giraud, sous les auspices de M. le chanceller Pasquier, l. II, chap. 11, p. 169.

[4] Pothier, *Traité de la propriété*, n° 53.

[5] *Code rural*, ou Maximes et Règlements concernant les biens des campagnes, t. I, p. 46, édit. 1702.

Digitized by Google

féodalité, en disparaissant, a laissé sous la tutelle de l'administration, les rivières non navigables qui étaient sous la dépendance des seigneurs hauts justiciers ; mais comme elle ne portait pas sur les petits cours d'eau, et qu'elle les laissait librement dans le domaine privé, les choses n'ont pas pu changer, sous ce dernier rapport, par l'abolition de la féodalité ; et c'est le cas d'appliquer la disposition de l'article 645, qui veut que l'on respecte les usages locaux. La tradition coutumière doit ici protéger les droits des riverains, sauf le *droit de police* qui appartient à l'Etat, d'après les lois de 1789 et 1790, pour éviter les inondations, la trop grande élévation des écluses, et tout ce qui pourrait nuire à la salubrité publique [1].

Quant aux *canaux artificiels* destinés soit à l'irrigation des terres, soit à l'alimentation des usines, il y a une raison particulière qui en établit la propriété privée. Le terrain du canal a été fourni par contribution, par raison d'utilité collective, pour recevoir le passage ou la conduite de l'eau. Aussi, dans l'usage général consacré par une constante jurisprudence, ces canaux ont leurs *francs-bords*, c'est-à-dire que les bords dépendent de la propriété collective du canal et ne font pas partie des terres contiguës. Les propriétaires voisins du canal, établi pour le service des usines, ne peuvent pratiquer des saignées pour l'irrigation de leurs terres, à moins d'un titre exprès et consenti par les ayants droit. La loi reconnaît formellement, du reste, la propriété privée des canaux artificiels; car le lit du canal est compris parmi les terres qui doivent être imposées [2]. — Il est bien entendu, toutefois, que cette propriété n'est pas exclusive du droit de police qui appartient à l'Etat sur toutes les eaux du territoire.

En dernière analyse, l'État exerce sur les cours d'eau trois espèces d'attributions : 1° droit d'administration directe qui comporte celui de juridiction ; 2° droit de tutelle administrative qui comporte celui d'autorisation; 3° droit général de police des eaux, reconnu par la loi du 20 août 1790 (chap. VI).

Ces trois différentes attributions de l'Etat répondent aux différences mêmes des cours d'eau.

[1] En Algérie, et par une exception qui tient à la nature du sol et du ciel de l'Afrique, les eaux de toutes sortes, sources, puits ou eaux courantes, sont formellement déclarées dans le *domaine public* (loi du 10 juillet 1851, art. 3).

[2] Loi du 3 frimaire an VII, art. 104.

Digitized by Google

Sur les fleuves et rivières navigables ou flottables, l'Etat exerce le droit d'*administration et de juridiction* qui lui appartient sur les diverses dépendances du *domaine public*.

Sur les rivières non navigables ni flottables, l'Etat exerce la *tutelle administrative*, qui comprend le droit de décision et de taxe pour les travaux de curage, de concession d'usines et prises d'eau, le droit de faire des règlements obligatoires pour les riverains.

Sur les petites rivières ou ruisseaux, et sur les canaux artificiels, l'Etat exerce le *droit de police* qui prévient, empêche ou arrête les inondations, la trop grande élévation des eaux, leur stagnation et l'emploi des eaux contraires à la salubrité du pays, droit de police qui comporte celui de règlement temporaire ou permanent.

Le principe relatif au domaine public et aux voies de transport fonde le droit d'administration et de juridiction sur les fleuves et rivières navigables. Le principe de l'intérêt collectif fonde le droit de tutelle administrative sur les rivières non navigables.

La raison générale de salubrité, de sûreté, d'utilité, fonde le droit de police des eaux, qui domine toutes les eaux du territoire, même celles qui font partie du domaine privé.

F. LAFERRIÈRE.

DE L'INFLUENCE DES LOIS ABOLITIVES DE LA FÉODALITÉ,

SUR LA COMMUNAUTÉ DE BIENS EN HAINAUT ET A VALENCIENNES[1].

La lettre tue et l'esprit vivifie.
(2e ép. aux Cor., c. 2, v. 6.)

Sous l'empire du droit coutumier, dans les Pays-Bas comme en France, certaines coutumes gouvernaient toute une province,

[1] L'article que nous publions ici est le dernier travail d'un homme ravi bien jeune encore à la science. M. Auguste Dubois appartenait à cette classe vraiment intelligente d'hommes érudits, à qui la France devra un jour les éléments d'une histoire complète de ses antiquités et de ses coutumes. Possédant le Droit et l'histoire du Droit, il en étudiait une des variétés dans le pays auquel l'attachaient et ses fonctions, et sa naissance, et sa vie tout entière; et en même temps qu'il en éclaircissait les difficultés par cette connaissance du droit général, il en tirait des lumières inattendues sur plus d'une

Digitized by Google

d'autres ne régissaient qu'une ville, un seul bourg, un village. Il y avait des coutumes ou chartes générales, des coutumes de chefs-lieux [1] et des coutumes locales. Détachée des Pays-Bas et du comté de Hainaut par le traité de Nimègue (1678) pour appartenir désormais à la France, Valenciennes, régie par des coutumes de chef-lieu, n'avait point, en changeant de nationalité, abdiqué son droit coutumier. Elle avait emporté avec elle dans sa nouvelle patrie, ses vieilles coutumes, ses *usances* locales, pieuses reliques du vaincu, que le vainqueur politique n'arrache jamais aux pays conquis. Décrétées en 1619, par Albert et Isabelle, ces coutumes de chef-lieu ne régissaient, que les immeubles dits mainfermes, les meubles et les actions personnelles [2]. Quant aux fiefs et alleux, ils tombaient sous l'application des chartes du Hainaut qui continuèrent à les régir, après comme avant la conquête.

Il y avait donc sous l'empire combiné des coutumes du Hainaut et de Valenciennes, trois espèces d'immeubles : les mainfermes, [3] les fiefs, les alleux. Aux termes des coutumes de Va-

question qui s'agite encore, non pas seulement dans les académies, mais dans les tribunaux. Il avait abandonné de bonne heure une position plus avantageuse pour se livrer sans distraction à ses recherches. Il eût été heureux, si, tout en éclairant sa conscience de sage, il avait pu ajouter, ne fût-ce qu'un chapitre à l'histoire du droit de son pays ; chapitre qui n'eût pas été le moins curieux sans doute : car le Hainaut, terre de France par sa langue, terre d'Empire par sa condition politique, est une des provinces où l'on peut suivre avec le plus d'intérêt les influences réciproques des deux esprits et des deux races ; et M. Dubois, par le caractère ingénieux et sensé de sa critique, était éminemment propre à les démêler et à les mettre au jour. Mais sa frêle santé ne répondait pas à son zèle. Il ne lui a pas été donné de mener à fin cette œuvre. L'étude qu'on va lire montrera que sa perte n'est pas seulement à regretter pour ses nombreux amis. (*Note de la rédaction.*)

[1] En Hainaut, on entendait par *chefs-lieux*, certains arrondissements qui suivaient pour les *mainfermes* ou *rotures*, des coutumes particulières. *Merlin*, R. V° *Chefs-lieux*.

[2] Merlin, *Q. de droit*, v° *Comm. de biens entre époux*, § 1, n° 4, et v° *Fief*, § 3; *R.* v° *Hainaut*, § 2, et *Valenciennes*, n° 2; arrêt de Douai, 19 janvier 1828.

[3] Dans toutes les coutumes des contrées connues sous le nom de *Pays-Bas*, dit Merlin, il n'y avait point de différence entre *mainferme*, *coterie*, *roture*, et *censive*. R. V° *Coterie*, *Q. de droit*, v° *Féodalité*, § 3. Voy, cependant sur la nature et le caractère des mainfermes du Hainaut, une dissertation de M. Régnard, *Droits des Seigneurs hauts justiciers du Hainaut*, t. II, p. 777. Quoiqu'il en soit, nous emploierons indifféremment ici comme termes de même valeur, les mots: mainferme, roture ou censive.

Digitized by Google

lenciennes les meubles et les conquêts mainfermes tombaient en communauté [1]; quant aux fiefs et alleux, régis qu'ils étaient par les chartes du Hainaut, ils s'en trouvaient exclus [2]. Bien qu'achetés durant le mariage, et des deniers mêmes de la communauté, les alleux comme les fiefs devenaient, sans récompense aucune envers la communauté [3], la propriété exclusive du mari. La femme ne pouvait revendiquer sur ses biens qu'un droit de douaire.

Cette exclusion de communauté du fief et de l'alleu, ce privilége de masculinité pour ainsi dire, cette disposition empreinte de quelque hostilité envers la femme, à quoi faut-il en rattacher l'origine? A part l'origine, quelle a été, en ce point, l'influence des lois abolitives de la féodalité? Telle est la double question que nous nous proposons d'examiner ici.

Il n'est guère de textes obscurs, de dispositions étranges dans les coutumes qui nous régissaient encore en 1789, qui ne reçoivent quelque clarté, quelque justification de l'étude de la civilisation germanique, ou des primitives institutions féodales. Quelques articles de ces coutumes touchant la condition des terres ou des personnes, de la propriété ou de la famille, nous semblent-ils inexplicables dès l'abord, souvent la loi barbare ou féodale en dira l'origine, en justifiera l'existence, pour une certaine époque du moins, car les institutions survivent parfois aux nécessités qui les ont fait naître. Les lois vulgairement appelées barbares [4], ces institutions féodales qui n'en ont été que le développement [5], interrogeons-les donc sur le point à éclaircir;

[1] Art. 9, 12, 143 et 144.

[2] Chartes du Hainaut, art. 4, c. 33, 2 c. 105, 3 c. 121.

[3] *Merlin*, Q. de droit, v° *Comm. des biens*, § 1, n° 4, R. v° *Communauté*, § 6, et *Récompense*, sect. 1, § 2, n° 13; — *Britz*, Mémoire sur l'ancien droit belgique, p. 840; — *Wery*, Du pouvoir marital sous les chartes du Hainaut, p. 86, 95 et suiv. Il n'y avait pas lieu davantage à récompense pour aliénation de propres, amélioration des biens de l'un ou de l'autre époux aux dépens de la communauté, etc., arrêt de Douai, 16 mai 1834. — On pourrait se demander s'il en serait de même pour les mariages contractés sous l'empire de la loi du 17 nivôse an II, en cas d'enfants.

[4] Ces lois dépeignent déjà une civilisation avancée si nous la mettons en face de ce qu'étaient les Germains avant tout contact avec l'empire romain. *Kœnigswarter*, Org. de la famille, p. 121.

[5] *Laboulaye*, Du droit de propriété, p. 396. — Cond. des femmes, p. 91. *Kœnigswarter*, De la famille, p. 193.

Digitized by Google

elles nous révéleront peut-être le secret de la condition de l'alleu et du fief; mais cette condition nous devrons l'examiner en matière de succession, avant d'aborder le terrain de la communauté.

CHAPITRE Ier. — Condition de l'alleu et du fief en matière de succession et de communauté.

§ Ier. — SUCCESSION.

A en croire les traditions poétiques, une loi dont on retrouve la trace chez les nations du Midi et de l'Orient, rattachait en Germanie les sacrifices aux successions, et n'investissait le successeur qu'à la charge par lui de satisfaire pour ses ancêtres. Les sacrifices, les rites funèbres au milieu desquels l'héritier vidait en l'honneur des dieux et des ancêtres la *coupe de mémoire*, c'était là un office sacerdotal que pouvaient seuls accomplir les parents mâles; la femme y devait rester étrangère [1]. Pour racheter les aïeux l'homme croyait avoir besoin d'un fils [2]; une vague émanation des lois indiennes semble lui dire : « par un fils « l'homme est sauvé du séjour infernal; par le fils d'un fils il « obtient l'immortalité; par le fils d'un petit-fils il s'élève à la de- « meure du soleil [3]. » De cette croyance où déborde la pensée d'une vie future, dériverait la déchéance de la femme au point de vue de la succession, son exclusion du partage de la terre des aïeux.

Cette exclusion, à en croire l'auteur des *Origines du droit français* [4], on pourrait peut-être la rattacher à une vue plus haute du mariage, plus désintéressée, plus idéale. La femme était exclue de la succession, pour que jeune fille elle passât aux mains de l'homme, sans autre dot que sa blanche robe, son voile blanc, son *chapel de roses;* il fallait qu'en elle l'homme fût bien sûr de n'avoir aimé qu'elle-même.

Quoi qu'il faille penser de cet idéal du mariage, inconnu à coup sûr des Germains de la conquête; quoi qu'il en soit de ces traditions poétiques qui relient les Germains à cette patrie orientale

[1] *Ozanam*, Les Germains avant le christianisme, t. I, p. 103 et suiv.
[2] *Kœnigswarter*, Développement de la société humaine, p. 13.
[3] Organisation de la famille, p. 252, *Ozanam*, p. 147.
[4] *Michelet*, Introduction, p. xx.

Digitized by Google

dont eux-mêmes conservaient le souvenir, toujours est-il que ce privilége de masculinité ayant pour but et pour résultat la conservation des biens dans la famille, se trouve écrit et constaté dans les lois barbares : « O ma douce fille, dit une de ces formu« les de Marculfe qui, en corrigeant le droit le constatent, c'est « chez nous une coutume antique mais impie, que les sœurs « n'entrent pas en partage avec leurs frères dans la terre pater« nelle[1]... » Est-il besoin, du reste, de rechercher une origine, d'assigner une patrie à cet usage? L'infériorité de la femme, infériorité qui, dans la famille, se traduit toujours par l'exclusion totale ou partielle de la succession, n'est-elle pas un fait presque général dans l'enfance du genre humain[2]? Ce fait, nous le rencontrerons en Germanie comme ailleurs, dans une société demi-barbare, toujours en guerre, où il existe des familles mais pas encore d'État[3]. La famille y est elle-même un petit Etat isolé qui a besoin de se protéger lui-même et dont les chefs sont les premiers soldats. La prendre sous sa garde, cette famille, c'est une rude fonction qui mérite sa récompense, et le privilége des mâles, des parents du glaive, comme les appelle la loi germaine, n'est souvent « que le droit de mourir en la défendant[4]. »

Les traditions et la nature même des choses, tout s'accorde donc ici pour justifier le privilége des mâles à une époque donnée de la civilisation germaine. Ce privilége, plus ou moins étendu, nous le rencontrons du reste dans le § 6 du titre 62 de la loi salique (*lex emendata*) qui a pour rubrique *de Alode*. Nous ne rappellerons pas sur l'origine et la signification de ce mot d'où nous avons fait *alleu*, les discussions sans nombre des savants allemands et français[5]. L'opinion qui aujourd'hui paraît mériter le plus de créance, veut que le mot *alodis* employé par les Francs pour désigner les terres prises, occupées ou reçues par eux en partage au jour de la conquête[6], ait désigné à une certaine époque, l'ensemble de la fortune d'un homme, c'est-à-dire ce qui, à sa mort, forme et compose sa succession. Mais dans cette suc-

[1] *Marculfe*, 2-12.

[2] Org. de la famille, p. 48, 160, 249, 335, 339.

[3] Du droit de propriété, p. 418.

[4] Cond. des femmes, 79, 80, 87, 173. Org. de la famille, 160.

[5] *Pardessus*, Loi salique, p. 538, 691 et suiv. — *Guérard*, Polyptyque d'Irminon, 476. — *Gans*, Hist. du droit de succession, 59.

[6] Du droit de propriété, 252. Org. de la famille, 159.

Digitized by Google

cession même, on finit par distinguer les biens recueillis par le défunt à titre d'hérédité, d'avec ceux acquis par lui à tout autre titre. Les premiers seuls conservèrent le nom d'alleux, les seconds furent dits : *adquisita*, *comparata*, *contracta* [1], de là cette division des biens en propres et acquêts, legs du monde barbare recueilli par nos Codes [2].

Quant au § 6 de ce titre 62, il exclut la femme de la succession à la terre salique, *terra salica*. Chacun sait tout ce qu'a enfanté de systèmes l'explication de ce texte célèbre à plus d'un titre. La terre salique, selon les uns, n'est autre chose que la terre des Saliens; il faut entendre par-là l'universalité des terres appartenant à un Franc salien [3]. Selon d'autres, la loi n'a voulu par ces mots, indiquer qu'une partie déterminée de la succession territoriale, et peut-être même seulement la terre attachée à la maison, ou principal manoir [4]. Selon d'autres enfin, la terre salique c'est la terre de la famille, des aïeux, celle que dans les formules et dans la loi ripuaire, rédigées plus tard au VIIe siècle, on a appelée *paterna*, *aviatica*, *alodis parentum* [5]. Quoi qu'il en soit, le privilége de masculinité qui, à une certaine époque, semble s'être étendu à tous les immeubles, perdit peu à peu de sa généralité; il se restreignit à la terre salique, à la terre des ancêtres, aux alleux enfin, car on ne peut nier l'assimilation de ces trois choses, du moins à l'époque des formules.

Mais une situation nouvelle pour les Germains avait créé des rapports et des biens nouveaux. Après la conquête de la Gaule par les barbares, les dons et récompenses des chefs de bandes envers leurs compagnons changèrent de nature. La terre s'offrit en présent, comme jadis la framée et le cheval de bataille [6]; de cette situation naquirent les bénéfices puis les fiefs.

[1] *Pardessus*, Loi salique, p. 694.

[2] Du droit de propriété, p. 371. — Cette distinction fondamentale a été apportée en Europe par les Germains et les Scandinaves ; en Orient, les antiques lois des Indous l'avaient déjà consacrée ; Org. de la famille, 158. V. sur ce point *Gibelin*, Etudes sur le droit des Hindous, t. I, p. 125.

[3] *Lehuërou*, t. II, p. 86.

[4] *Montesquieu*, Esprit des lois, l. 18, c. 22. *Guérard*, Polyptyque d'Irminon, p. 483 et suiv.

[5] *Pardessus*, Loi salique, p. 704 et suiv. *Perreciot*, De l'état des personnes et des terres dans les Gaules, t I, p. 88. Lois des Francs, par *Peyré*, p. 210, note. Du droit de propriété, p. 371. *Laferrière*, Histoire du droit t. IV, p. 405.

[6] *Laferrière*, Histoire du droit, t. III, p. 199. *Laboulaye*, Du droit de

Digitized by Google

La première condition imposée par le donateur, on le conçoit, c'était, outre la reconnaissance de la suzeraineté, l'obligation du service militaire [1]; car pour lui la condition d'existence, c'était d'avoir des compagnons toujours prêts à combattre. L'esprit du service militaire domina dans la législation féodale, et les exigences de ce service, dont l'indivisibilité était un des principaux caractères [2], furent telles, qu'alors même que le fief fut devenu patrimonial, la succession pendant longtemps en fut interdite aux femmes [3].

Jusqu'ici nous n'avons constaté le privilége des mâles qu'en matière de succession ; mais la condition de l'épouse a-t-elle marché de pair avec la condition de la fille, et ce privilége de masculinité, le rencontrerons-nous dans les lois qui régissent le mariage ?

§ 2. — COMMUNAUTÉ.

Evidemment nous chercherions en vain dans les lois ou coutumes barbares, la communauté de biens telle que nous la rencontrons dans les coutumes du XVIe siècle. Nous croyons cependant, et avec beaucoup d'autres, qu'elle dérive des institutions germaniques [4]; mais quel qu'ait été primitivement chez les Germains le régime des biens dans l'association conjugale, quelle qu'ait été tout d'abord la condition de la femme, un jour arriva où, en considération de son apport et de ses soins, la loi barbare lui assura certaine part de biens [5]. Cette part sur quoi se prélevait-elle ?

Nous avons reconnu tout à l'heure que par le mot *alodis*, les Germains avaient désigné d'abord l'ensemble des biens composant une succession, et que plus tard ils avaient distingué dans un même patrimoine, les biens qui s'y trouvaient *à titre d'héré-*

propriété, 319. Esprit des lois, l. 30, c. 3 et 4. *Guizot*, Essais, p. 82. Polyptyque d'Irminon, p. 506.

[1] Org. de la famille, 225, 246. *Beugnot*, sur les Coutumes de Beauvoisis, p. 61. Polyptyque, 549.

[2] Cette indivisibilité devint aussi la source du droit d'ainesse. *Klimrath*, t. I, p. 156. Le service militaire du fief nécessita l'indivisibilité de la succession. Du droit de propriété, p. 419 ; Org. de la famille, p. 251.

[3] Cond. des femmes, 99, 212, 226, 229.

[4] Revue de législation, 1849, t. III, p. 368.

[5] Cond. des femmes, p. 146 et suiv. *Lehuëron*, t. II, p. 35.

Digitized by Google

dité, lesquels seuls conservèrent le nom d'alleux, et les biens acquis à tout autre titre *adquisita*, *comparata*, *contracta*. Eh bien! la part accordée à la femme au jour de la dissolution de l'association conjugale, ne se prenait en général, comme en matière de succession, que sur les acquêts (*adquisita*) et non sur l'alleu; témoin la loi ripuaire, la loi saxonne et bien d'autres documents contemporains [1]. L'alleu, l'héritage paternel, restait donc en général, en dehors de la masse à partager, c'était toujours pour le mari ce que plus tard on a appelé *un propre*.

Mais entre temps, le mot *alleu* vint à perdre cette signification primitive qui le faisait synonyme de succession. Employé d'abord par les Francs à une époque où ils ne connaissaient qu'une seule espèce de propriété, propriété parfaite et en quelque façon souveraine, *alodis*, par une légère déviation de son étymologie (*al-ôd*, totale propriété), servit, lors de l'introduction des bénéfices, à désigner non plus seulement l'héritage des aïeux, mais aussi les biens parfaitement libres, indépendants [2], par opposition même à ces bénéfices, à ces fiefs, propriété incomplète, dépendante, grevée de bien des charges. Dès lors l'alleu peut être aussi bien un propre qu'un conquêt, et il y eut lieu à faire la distinction, pour fixer, à l'époque de la dissolution du mariage, cette part de la femme qui en général ne se prélevait que sur les conquêts. Cette distinction ne se retrouve point dans les chartes du Hainaut; elles font de l'alleu, quand même, la propriété exclusive du mari. Il semble que le génie primitif de ces lois barbares qui faisaient du mari le propriétaire exclusif, ait laissé dans le Hainaut une plus rude empreinte, et que nous retrouvions là comme un lointain et fidèle souvenir gardé par la contrée qui dut être une des premières étapes des conquérants de la Gaule. N'oublions pas, du reste, que sous l'influence de diverses causes, la propriété allodiale, dans le Nord surtout, tendit à s'effacer peu à peu, et à se fondre, pour ainsi dire, dans la propriété bénéficiaire [3].

Quant aux fiefs dont nous avons dit plus haut l'origine, leur caractère d'indivisibilité résultant de l'obligation au service militaire, les rendit d'abord la propriété exclusive du mari, et les fit

[1] *Lehuërou*, t. II, p. 35 et suiv.

[2] Du droit de propriété, 311, 389. *Pardessus*, Loi salique, 539. *Laferrière*, t. IV, p. 408.

[3] Du droit de propriété, 278, 308. Org. de la famille, 189. Polyptyque d'Irminon, p. 480.

Digitized by Google

blement élargi son cadre; et l'année qui vient de s'écouler, commençant une ère nouvelle, a produit quatre volumes, juste le double de ce qu'avaient donné les années précédentes. Grâce à cette extension, qui sera désormais la règle, les articles ont pu être multipliés sur la législation pénale, sur l'économie politique, sur le droit administratif, sur la philosophie, etc., dans les volumes de 1853. On y remarque notamment un mémoire sur Helvétius, par M. Damiron; un mémoire sur les origines de l'Université de Paris, par M. Laferrière ; un mémoire sur le Morvan, par M. Dupin; un mémoire sur les origines, le développement et la décadence de la démocratie athénienne, par M. Filon; un rapport de M. Béranger sur la répression pénale, sa forme et ses effets; un mémoire sur la déportation, et des considérations sur l'emprisonnement cellulaire, par M. Lélut, suivi d'observations, sur le même sujet, par Lord Brougham et MM. Faucher et Ch. Lucas; un mémoire sur la découverte de l'Amérique, par M. Roseew-Saint-Hilaire; le résumé d'une discussion entre MM. Cousin, Dunoyer, Blanqui et Michel Chevalier, sur l'objet et les limites de l'économie politique ; une notice historique sur la vie et les travaux de Jouffroy, par M. Mignet; divers rapports très-intéressants sur des concours ouverts par l'Académie, notamment les rapports de MM. Portalis, Barthélemy Saint-Hilaire, Vivien, Guizot, etc.

C'est en étendant ainsi, au profit de la science, la collection à laquelle il consacre depuis nombre d'années son temps et ses soins, que M. Ch. Vergé a acquis, et acquiert chaque jour, des droits à la faveur du public et à la reconnaissance des hommes de savoir et d'étude.

Digitized by Google

NÉCROLOGIE.

La science et la magistrature déplorent dans la mort récente de M. de Saint-Joseph une perte bien douloureuse. M. Anthoine de Saint-Joseph était né à Marseille, en 1794, d'une famille qui depuis a contracté de hautes alliances. Son père, comme il le raconte avec orgueil [1], « fut envoyé par le roi Louis XVI en Russie et ouvrit le premier les ports de la mer Noire au commerce français. » Il entra de bonne heure dans la magistrature, fut nommé en 1825 substitut, et en 1834 juge au tribunal de la Seine, fonctions qu'il a exercées pendant vingt ans. Ce ne fut pas la partie la moins honorable de sa vie laborieuse : il y en avait une autre dans laquelle il se produisait avec éclat.

L'esprit de codification qui domine notre XIXe siècle a fait éclore une nouvelle branche de la science juridique, le droit comparé. Dans la phalange des jurisconsultes qui ont agrandi, par cette précieuse conquête, le domaine de la jurisprudence, M. de Saint-Joseph s'est placé au premier rang. Moins profond, moins curieux des origines que Pardessus, moins érudit peut-être que Fœlix, il réunissait plusieurs de ces qualités qui ont fait de Pothier le précurseur du Code Napoléon. Doué d'un esprit judicieux et méthodique, il a, avec une clarté et un ordre parfaits, classé et vulgarisé le droit comparé. Il débuta en 1841 par la publication de la *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*. Cette concordance renferme une quinzaine de Codes mis en regard du Code Napoléon, au moyen de tableaux synoptiques. Elle est précédée d'une introduction étendue où l'auteur fait ressortir les traits principaux et les plus remarquables des lois étrangères, en suivant la division et l'ordre de notre Code. Ce premier essai, très-remarquable par la vigueur et la netteté de l'exécution, laissait cependant beaucoup à désirer. Des lacunes regrettables, des textes puisés à des sources diverses, plus ou moins sûres, des inégalités de traduction constataient les difficultés de la nouvelle entreprise, en même temps qu'une contrefaçon belge, des traductions italienne et espagnole, une édition promptement épui-

[1] Voir la dédicace à la chambre de commerce de Marseille dans la *Concordance des Codes de commerce*.

Digitized by Google

pouse a donc marché d'un pas égal [1]. Ce privilége des mâles en matière de succession et de mariage, cette infériorité de la femme que révèlent les lois barbares, nous les retrouvons dans ces lois féodales où respire l'écrasante supériorité des mâles; mais les siècles se sont accumulés et la féodalité arrive à son terme.

CHAPITRE II. — Des lois abolitives de la féodalité. — Etat de la jurisprudence. — Examen critique.

§ 1. — DES LOIS ABOLITIVES.

Les états généraux de 1789 avaient été convoqués à ce cri de ralliement jeté par Mirabeau contre l'aristocratie provinciale : *guerre aux privilégiés et aux priviléges*. Trois mois s'étaient pourtant écoulés depuis la réunion de ces états généraux dont la mission semblait être d'organiser une révolution déjà faite dans les mœurs, qu'aucun décret n'avait encore frappé les droits seigneuriaux. La campagne impatiente se souleva contre cet oubli, les paysans se mirent à l'œuvre. Pour mieux anéantir les titres de cette féodalité tant haïe, pour renverser ce *chêne antique*, comme l'appelle Montesquieu, dont l'ombre pourtant avait été parfois tutélaire, ils saccagèrent et brûlèrent les châteaux, s'attaquant surtout à la tour des archives, aux chartiers, comme on les appelait alors, sombres réduits où dormaient impunis depuis des siècles de coupables parchemins dont quelques-uns parlaient des droits les plus odieux. L'effervescence était grande [2], le torrent menaçait d'emporter tout, la Constituante l'arrêta pour un jour. Dans l'ivresse du patriotisme, selon l'expression de Mirabeau [3], elle fit ces célèbres décrets de la nuit du 4 août, nuit d'éternel souvenir qui emporta, comme elle aurait fait d'un songe, tout ce qui restait de nos institutions féodales.

Ces décrets furent soumis à la sanction royale qui se fit longtemps attendre. Louis XVI ne pouvait, disait-il, consentir à dépouiller son clergé, sa noblesse. Mirabeau demandait qu'on se passât de sanction ; les arrêtés du 4 août, répétait-il, ne sont pas des lois, mais des principes et des bases constitutionnelles [4]. Le

[1] Cond. des femmes, 8.
[2] Hist. parlementaire, t. II, p. 225.
[3] *Ibid.*, p. 233, t. IV.
[4] *Ibid.*, t. II, p. 427.

Digitized by Google

roi se décida enfin à accorder ce dont on allait se passer, et des lettres patentes du 3 novembre ordonnèrent l'envoi officiel des décrets aux municipalités, aux tribunaux. Le 3 novembre seulement, les décrets du 4 août acquirent donc force de loi; jusque-là a subsisté légalement le régime féodal [1].

L'art. 1 du décret du 4 août porte : « L'assemblée nationale « détruit entièrement le régime féodal, et décrète que, dans les « droits et devoirs tant féodaux que censuels, ceux qui tiennent « à la main morte réelle ou personnelle, et à la servitude, sont « abolis sans indemnité, et tous les autres déclarés rachetables. »

Le principe abolitif de la féodalité se trouvait bien proclamé dans ce décret, mais de ce principe il y avait, pour prévenir toute discussion, à déduire les conséquences; aussi l'article final du décret ajoute-t-il, que l'assemblée nationale s'occupera, immédiatement après la Constitution, de la rédaction des lois nécessaires *pour le développement* des principes posés. (Art 19).

En attendant cette Constitution qu'on croyait devoir être l'affaire d'un jour, et après laquelle on ajournait les lois de *développement*, une motion fut faite, le 12 août, tendant à la nomination d'un comité *pour les droits féodaux*, dont les membres seraient choisis par généralité. Cette motion fut accueillie et, le 27 septembre, lecture fut donnée de la liste des 30 membres élus, et M. Goupil de Préfeln, nommé par la généralité d'Alençon, fut élu président du comité féodal, Merlin, de la généralité de Flandre, Arnoult de la généralité de Bourgogne, furent nommés secrétaires. Paris fut représenté par Tronchet, et le Hainaut par M. Gossins d'Avesnes [2].

Le 4 septembre, un rapport étendu fut fait par Merlin au comité féodal, sur l'objet et l'ordre du travail dont il se trouvait chargé [3]. La mission du comité, disait le rapporteur, est de préparer les matériaux des lois à édicter pour l'exécution des décrets du 4 août. Le régime féodal, ajoutait-il, est détruit, mais quels sont les effets de cette destruction? et alors le savant rapporteur esquisse à grands traits les questions que soulève l'application de

[1] *Merlin*, *Q.* de droit. V° *Féodalité*, § 1. Quant à la Belgique, il paraît que les lois abolitives y ont été publiées en l'an V, par suite d'arrêté du directoire exécutif du 7 pluviôse. (*Wéry*, p. 88, et la jurisprudence belge.)

[2] Nommé administrateur des eaux et forêts en 1801.

[3] V. Bibliothèque du corps législatif. — Révolution française, p. 487, pièce n° 5.

Digitized by Google

ces lois abolitives. Il se demande si la foi et hommage, l'aveu et le dénombrement, les droits de fouage, de guet, de banalité, en un mot tout le cortége des lois féodales, ont disparu avec elles : « de ce que le régime féodal est détruit, dit-il encore, s'en« suit-il que les droits d'aînesse et de masculinité doivent cesser « entièrement, et qu'à l'avenir les fiefs doivent être partagés éga« lement comme les rotures, entre tous les héritiers mâles ou « femelles... Ces droits, qui sont certainement plus anciens que « la monarchie française, puisqu'il en est fait mention dans la loi « de Moïse, sont-ils liés parmi nous à la féodalité? »

De toutes ces questions le comité ne résolut rien en cette séance. Il ne devait rien résoudre, du reste, mais seulement méditer sur les considérations que lui présentait l'éminent jurisconsulte qui, avec Thouret, devait se partager les travaux du comité féodal.

Le premier décret qui intervint porte la date des 15-28 mars 1790 ; il avait été précédé d'un rapport de Merlin, à l'assemblée nationale. Ce rapport [1] fait au nom du comité féodal, à la date du 8 février 1798, est précisément la contre-partie de celui du 4 septembre ; celui-ci posait les questions, l'autre les résout.

Merlin commence par déclarer qu'en détruisant le régime féodal, l'assemblée nationale a fait, non une simple loi, mais un article de constitution et le plus important peut-être. Il rappelle à l'assemblée qu'en abolissant la féodalité, elle n'a pas entendu dépouiller de leurs possessions les propriétaires légitimes des fiefs, mais seulement changer le caractère de ces biens. Les fiefs sont désormais affranchis des lois de la féodalité, « en un mot, ils « ont cessé d'être fiefs et sont devenus *de véritables alleux.* » Les prémisses posées, Merlin en déduit rigoureusement les conséquences. Il n'existe plus de fiefs, donc il ne peut plus y avoir lieu à la foi et hommage, ni à ces charges qui, sans être utiles mais seulement honorifiques pour le suzerain, ne servaient qu'à manifester l'infériorité du vassal, donc les lois particulières qui *dans les successions* régissaient les biens ci-devant féodaux, deviennent sans objet et sans application, donc plus de droit d'aînesse ni de masculinité pour le fief, « à moins que les successions de meu« bles et de rotures, ajoute le rapporteur (sur lesquelles nous ne « pourrions vous proposer aucune vue de législation nouvelle sans

[1] Bibliothèque du corps législatif. — Révolution française, pièce n° 17.

Digitized by Google

Digitized by Google

« statuts particuliers, ces lois ou statuts régissent pareillement « les biens ci-devant féodaux ou censuels; savoir, pour les succes- « sions, à compter de la publication du décret du 15 mars der- « nier, et pour toute matière, à compter de la publication des « lettres patentes du 3 novembre 1789. »

Tels sont donc les seuls textes à considérer : une loi mère, pour ainsi dire, qui pose le principe, qui proclame la destruction du régime féodal; deux décrets qui ne doivent qu'en déduire les conséquences, car là doit se borner, Merlin le reconnaît lui-même, la mission du comité féodal. — Examinons quelle a été sur ces textes l'interprétation de la jurisprudence.

§ 2. — ÉTAT DE LA JURISPRUDENCE SUR L'INFLUENCE DES LOIS ABOLITIVES.

Mariages contractés avant le 3 novembre 1789. — En fouillant les monuments de jurisprudence, on retrouve les premières traces des discussions que soulevèrent, en Hainaut, les lois abolitives, dans quelques jugements et arrêts rapportés par Merlin, Quest. de droit, V° *Communauté de biens entre époux*, § 1. Ces jugements et arrêts de cours d'appel, de 1813 à 1819, décident que, quant aux mariages contractés antérieurement aux lois abolitives, sans dérogation expresse au droit commun, tous les immeubles achetés depuis la publication de ces mêmes lois jusqu'à ce jour, par le mari, deviennent *sa propriété exclusive*, les fiefs et mainfermes ayant cessé d'exister, et tous les biens devant être désormais régis comme allodiaux. Merlin qui rapporte ces diverses décisions applaudit à leur doctrine; mais l'arrêt de 1819 (24 avril), qui émanait de la cour de Douai, fut déféré à la cour suprême et cassé le 23 avril 1823 [1]. L'arrêt de cassation fut attaqué par Merlin en termes assez amers : « Je le dis à regret, mais « je dois le dire parce que j'en suis profondément convaincu, « écrivait le savant jurisconsulte, il s'en faut beaucoup que cet « arrêt soit marqué au coin de cette haute sagesse, de cette saine « logique, de ce respect religieux pour la loi... L'arrêt... ne peut « être justifié sous aucun rapport.» La jurisprudence, cependant, ne tint pas compte de cette critique, elle passa par-dessus ces remontrances. La cour de Douai elle-même sembla saisir avidement l'occasion de protester à son tour contre la doctrine de Merlin,

[1] V. au Recueil de Sirey l'arrêt de Douai et celui de cassation.

Digitized by Google

et se rangeant à l'avis de la cour de cassation, elle décida, par arrêt du 19 janvier 1828, que, quant aux mariages contractés *avant les lois abolitives*, et pour les biens acquis depuis [1], on devrait toujours, sous peine de donner un effet rétroactif aux lois abolitives, rechercher quelle était la nature de ces biens, *au jour du mariage*, et les déclarer communs ou non, selon qu'à cette époque, ils étaient mainfermes ou fiefs et alleux. Merlin, du fond de l'exil, éleva une dernière fois la voix; il protesta contre cet arrêt qui à ses yeux n'avait qu'une excuse, *la crainte d'une cassation* [2]. Mais cette suprême protestation fut vaine, et la doctrine du secrétaire du comité féodal, de celui-là même qui avait préparé et édicté la loi qu'il s'agissait d'appliquer, fut définitivement proscrite en France par arrêts de Douai des 23 février 1836 et 24 janvier 1840, et par arrêt de cassation du 27 janvier 1840 [3].

Sur ce premier point, du reste, nous n'avons voulu que constater l'état de la jurisprudence. Il s'agit de mariages contractés avant les lois abolitives, et la difficulté se complique, peut-être, d'une question de rétroactivité. Nous ne voulons discuter ici l'effet des lois abolitives qu'à un point de vue général, celui des mariages contractés sous leur empire.

[1] Même sous le Code.

[2] *Q. de droit*, v° *Franc-alleu*, § 1.

[3] V° Recueil des arrêts de Douai, t. IV, p. 160 et 169 et S. V. 1840, 1, 257. Nous devons dire cependant, qu'en Belgique, la jurisprudence est aujourd'hui précisément contraire, et qu'après quelques variations le système de Merlin a définitivement prévalu (*Wéry*, p. 91 et suiv.) — Quelle que soit, du reste, la jurisprudence que l'on admette, les contrats de mariage passés en Hainaut (avant ou après les lois abolitives), et qui stipulent expressément une communauté parfaite, n'assurent-ils pas à la femme la moitié de tous les conquêts sans distinction de la nature des biens? La jurisprudence comme la doctrine a varié sur ce point : V. arrêts de Douai, 2 juin 1832, 5 décembre 1845, 21 décembre 1849, 15 janvier 1850; *Merlin*, *Dumées*, Hist. du droit, p. 304, et les autorités citées au bas du dernier arrêt (Recueil des arrêts de Douai, année 1850, p. 11.) — L'arrêt du 15 janvier 1850 décide, cependant, qu'en admettant que la stipulation d'une communauté parfaite soit contraire au droit pur du Hainaut, elle est valable si elle a été passée sous l'empire de la loi du 17 nivôse an II. — Une autre question non moins grave se soulève encore : La présence de la femme dans les actes d'acquisition, ou la stipulation par le mari qu'il achète pour lui et sa femme, rend-elle cette dernière propriétaire de moitié du bien acquis, quelle que soit la date du mariage et de l'acquisition? La jurisprudence n'est pas fixée sur ce point. V. pour la négative, surtout en ce qui concerne les alleux, *Wéry*, p. 85; *Merlin*, Quest. de droit. *Comm. de biens entre époux*, V°, § 1, n° 2, passage cité plus haut.

Digitized by Google

Mariages contractés sous l'empire des lois abolitives (1789 *à* 1804). — Le premier élément de jurisprudence que nous connaissions sur ce point, date du 24 frimaire an VI. C'est un arrêt de cassation sur jugement du tribunal civil du département du Nord, rapporté par Merlin, *Quest. de droit*, V° *Fief*, § 3. La question que nous cherchons à résoudre y est abordée d'une manière indirecte. Il s'y agit de fief et on lit dans les considérants de l'arrêt, que si, sous les coutumes de Valenciennes, le fief était régi par les chartes du Hainaut, c'était par une exception tenant à sa qualité féodale; que les lois abolitives ayant fait cesser cette exception, l'empire des chartes du Hainaut a disparu pour laisser place aux coutumes de Valenciennes; — que considérer le fief comme toujours soumis aux chartes générales, c'est faire survivre sa qualité féodale à l'abolition de la féodalité; « qu'enfin tirer de l'art. 2 de « la loi de septembre 1790, l'induction que les fiefs du ci-devant « Hainaut, devenus aujourd'hui *biens libres* ou *alleux*, doivent en- « core être régis comme fiefs, c'est donner à cet article une in- « terprétation d'autant plus évidemment fausse, qu'elle tendrait à « maintenir les principes de la féodalité, et serait en contradiction « avec toutes les lois qui les ont formellement abolis. »

Voici de quelles réflexions Merlin fait suivre l'arrêt de cassation : « Cet arrêt, il faut le dire, n'est qu'un *tissu d'erreurs;* et « il n'aurait pas échappé à la cour de cassation *si on l'eût éclairée* « sur la nature, très-bizarre assurément, de l'empire qu'exerçaient « en Hainaut, les chartes générales et les coutumes de Valen- « ciennes. »

Les critiques de Merlin, cette fois, n'eurent pas le sort de celles faites contre l'arrêt de 1823. Une question analogue se présenta bientôt devant la cour de cassation; Merlin s'y trouvait *pour l'éclairer;* et dans un long et savant réquisitoire, il soutint et développa la doctrine d'un arrêt de Douai du 16 messidor an X, qu'on déférait à la censure de la cour. L'affaire aboutit à un arrêt de rejet de la section des requêtes sous la date du 9 ventôse an XI [1]. Cet arrêt condamnait le système adopté en l'an VI par la cour de cassation.

Quant à la question elle-même, dans les termes où nous la posons, et au point de vue des coutumes du Hainaut et de Valenciennes, elle a été nettement résolue, conformément à la doc-

[1] V. le réquisitoire et l'arrêt, *Q. de droit*, v° *Féodalité*, § 3.

Digitized by Google

trine de Merlin, par arrêt de la cour de Douai du 11 décembre 1839 [1]. C'est cette doctrine et ces arrêts que nous voulons pourtant combattre, en prenant surtout à partie le réquisitoire qui en est la source [2].

Bien qu'à l'heure qu'il est, un abîme nous sépare de la féodalité et des lois qui l'ont proscrite, tous les jours encore arrivent à leur fin des unions contractées sous l'empire des lois abolitives. A la vérité nulle discussion ne s'élève, les droits de la femme sont sacrifiés sans merci, l'arrêt de 1839 semble avoir fixé désormais la jurisprudence; mais la conscience inquiète se prend à douter encore, et l'équité, du moins, se chargera d'excuser ses doutes.

§ 3. — EXAMEN CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE.

Décret du 4 août. — On s'appuie tout d'abord sur le décret du 4 août, et on prétend qu'en toute matière, la communauté comprise, ce décret a transformé en alleu le fief et la censive [3]. Mais cette transformation, le décret, assurément, ne la prononce pas en termes formels; ce n'est que par induction qu'on croit l'y entrevoir : cette induction a-t-elle quelque fondement ?

Ne perdons pas de vue les faits; — c'est pour arrêter une nouvelle jacquerie des paysans contre les seigneurs, contre les châteaux; c'est, comme le faisait craindre un député bas breton à l'Assemblée nationale, pour ne pas donner des lois à la France dévastée, qu'en une nuit on se hâte d'édicter le décret du 4 août. Ce décret a donc eu pour but de parer aux circon-

[1] Voici les motifs de l'arrêt : « Attendu que le contrat de mariage.... a été « passé... le 10 mai 1791, par conséquent sous l'empire de la loi des 19- « 27 septembre 1790...; que suivant les termes exprès de l'art. 2 de cette « loi de 1790, les lois ou statuts qui régissaient à cette époque les biens al- « lodiaux.... ont dû régir desormais les biens ci-devant féodaux ou censuels...; « que la teneur de cette loi qui place tous les biens sur la ligne des alleux « *est claire et positive*, et que nulle considération d'*équité* ne peut en em- « pêcher l'application.... »

[2] Nous avons dit qu'en ce qui concerne les mariages contractés avant 1789, la jurisprudence belge était contraire à la jurisprudence française. Quant aux mariages contractés sous l'empire des lois abolitives, il ne semble pas que la doctrine de Merlin ait jamais été, en Belgique, l'objet d'une discussion. *Wéry*, p. 89, et les observations à la suite d'un arrêt du 7 mars 1814. *Pasicrisie*, vol. I, p. 32.

[3] Les fiefs ont été convertis en francs alleux, par les décrets du 4 août, a dit Merlin, *Q. de droit*, v° *Fief*, § 3.

Digitized by Google

stances du moment, et en proclamant l'abolition du régime féodal, n'a voulu qu'une chose : détruire tous les droits qui soulevaient tant de haines. Cette destruction, à la vérité, c'était pour ainsi dire la transformation en alleu du fief et de la censive, car dans toutes les coutumes de France, nulle exceptée, l'assujettissement aux droits féodaux, c'était là surtout le caractère qui distinguait de l'alleu le fief et la censive. A n'envisager que ces mêmes coutumes, on a donc pu dire avec quelque justesse, que le décret du 4 août avait allodialisé tous les biens [1].

Mais il y avait dans le Nord, au seuil de la France pour ainsi dire, une toute petite contrée détachée des Pays-Bas et du Hainaut depuis un siècle au plus. Là, certains biens se trouvaient soumis à l'empire d'une coutume étrangère ; cette coutume était celle de Hainaut, elle régissait les alleux et, en dehors du droit de franchise et d'indépendance, elle leur imprimait un caractère exclusif de communauté. Peut-on soutenir, avec quelque vraisemblance, que le décret du 4 août ait voulu allodialiser les biens jusqu'à proscrire la communauté dans ce petit coin ignoré de la France ? ce ne serait pas trop pour le prétendre, que d'une disposition expresse, mais le texte ici fait défaut, et l'intention de la loi bien plus encore. Si le législateur de 1789 eût arrêté sa pensée sur cette disposition des Chartes du Hainaut exclusive de communauté, vestige de ces législations barbares prodigues en priviléges de masculinité, il eût certes plutôt songé à la proscrire qu'à la généraliser.

Décret du 15 *mars* 1790. — Le décret du 4 août mis à part, on invoque celui du 15 mars 1790. Et d'abord rappelons-nous que l'article final du décret du 4 août annonçait, qu'immédiatement après la constitution, l'assemblée nationale s'occuperait des lois *de développement*. Le décret du 15 mars est l'une de ces lois promises, comme l'attesteraient au besoin et les considérants qui en forment le préambule, et le rapport présenté à ce sujet par Merlin lui-même. La pensée que nous retrouverons dans ce décret de développement, nous devons le supposer, du

[1] On appelait *alleu*, *franc-alleu*, dit M. *Ch. Giraud*, dans son Précis de l'ancien droit coutumier, tout héritage qui n'était sujet à aucun devoir, ni droits seigneuriaux, tant honorifiques que pécuniaires. — L'alleu, c'était *un bien libre*, dit Merlin, R. V° *Alleu*. — On appelait *alleu*, *franc-alleu*, en France et en Belgique, dit M. Britz, cette espèce de biens immeubles, *libre par excellence*...., p. 592.

Digitized by Google

moins jusqu'à preuve contraire, c'est celle qui animait l'assemblée nationale elle-même lors du décret du 4 août, et nous en avons, tout à l'heure, circonscrit la portée. Mais ce que l'on invoque surtout ici, c'est un texte, c'est l'art. 13 dont les termes se trouvent rapportés plus haut. Cet article abolit tous les effets que les coutumes faisaient résulter de la qualité féodale ou censuelle. Or, dit-on, c'est à raison de sa qualité censuelle que, sous l'empire des coutumes de Valenciennes, la mainferme acquise durant le mariage entrait en communauté; cette qualité ayant disparu, la mainferme échappe à la communauté.

Ce raisonnement, il faut le reconnaître, pourrait bien n'être tout d'abord qu'une arme à deux tranchants dont se blesse qui l'emploie. S'il est vrai que la censive n'entrait en communauté qu'à raison de sa qualité censuelle, le fief, au dire de tous les auteurs, de Merlin lui-même, s'en trouvait exclu précisément à cause de son indivisibilité, résultat de sa qualité féodale. Exclure les censives ne serait-ce pas admettre les fiefs? or c'est à l'exclusion totale, universelle, qu'on a la prétention d'aboutir. Nous pourrions donc nous borner à dire de cet art. 13 que fournissant des arguments pour et contre, il doit être mis hors de cause: mais là n'est pas notre seule réponse.

C'est à raison de sa qualité censuelle, dit-on, que la mainferme entrait en communauté; mais quel était donc le droit commun des coutumes de Valenciennes, en ce qui touche le régime des biens entre époux? La question, selon nous, ne peut laisser place au doute. Les art. 12 et 143 déclarent de la manière la plus formelle, que les acquêts faits *durant conjonction par mariage*, appartiennent (outre le droit de douaire) par moitié à chacun des deux époux, et l'art. 144 veut qu'en cas d'absence d'enfant, les meubles se répartissent également entre les deux époux. Ce sont là, on ne peut le méconnaître, les caractères distinctifs de la véritable communauté, c'est en un mot la communauté du Code. Si donc la communauté était le droit commun des coutumes de Valenciennes, la censive en faisait partie, non à cause de sa qualité censuelle, mais par cette seule raison qu'elle n'en était pas exclue. Que la censive ait perdu plus tard cette qualité censuelle, peu importe; la règle générale est restée debout, les lois abolitives l'ont respectée, et la ci-devant censive la doit subir, car en l'affranchissant des droits et devoirs féodaux, la loi ne l'a point marquée d'un caractère exceptionnel.

Digitized by Google

Dira-t-on que les coutumes de Valenciennes ne peuvent régir que des censives, et que celles-ci ayant disparu de par le décret du 4 août, il n'y a plus lieu d'invoquer le droit commun d'une coutume désormais sans application possible ; que dans tous les cas, le raisonnement, quoi qu'il advienne, ne peut valoir, en matière de fiefs, régis qu'ils sont par les coutumes du Hainaut? Nous répondrions qu'en Hainaut aussi, la communauté est le droit commun [1]. Nous n'en voudrions pour preuve, que les diverses observations de jurisconsultes et de commentateurs rapportées plus haut. Ces notes et observations s'ingénient toutes à trouver le motif d'exclusion *de communauté* des fiefs et des alleux. Impuissantes à l'indiquer pour l'alleu, elles le rencontrent pour le fief dans l'indivisibilité qui en est le principal caractère. Rechercher le motif d'exclusion c'est évidemment supposer la communauté comme droit commun, comme règle générale [2]. L'histoire est là, du reste, qui nous sert d'appui et qui démontre l'universalité du régime de communauté comme droit commun des pays coutumiers de France et des Pays-Bas. Lors de la rédaction officielle des coutumes, qui date du XVIe siècle et se pro-

[1] Les art. 4, c. 33, 2, c. 105, 3, c. 121, des chartes du Hainaut qui traitent des acquisitions faites *durant le mariage*, distinguent trois espèces de biens : les mainfermes, les fiefs, les alleux. Quant aux mainfermes, disent ces articles, chacun des époux en prendra moitié *s'il n'y a condition au contraire*; les fiefs et les alleux seront la propriété exclusive du mari. L'article 1, c. 121, qui traite des gens divorcés, porte que les biens meubles appartiendront par moitié à chacun des époux. Il y avait donc communauté de biens sous les chartes du Hainaut, en ce qui concerne du moins les meubles et les mainfermes.

[2] On pourrait encore se demander quels étaient, des mainfermes, fiefs et alleux, les biens les plus nombreux dans le Hainaut. Un des considérants de l'arrêt de cassation du 23 avril 1823 porte : «..... que les fiefs et les alleux « ne formaient qu'une très-petite partie des biens immobiliers du Hainaut, « tandis que les mainfermes en formaient la partie la plus nombreuse. » Merlin, qui rapporte cet arrêt pour le combattre, *Q. de droit*, vo *Comm. de biens entre époux*, § 1, répond à cette assertion que, « si elle est matériellement « vraie, comme il est possible qu'elle le soit dans plus ou moins de localités, « elle est, en thèse générale, contraire à la présomption de droit qui est écrite « en toutes lettres dans l'art. 2, c. 102 des Chartes générales : tous les biens « immeubles sont réputés fiefs si, par fait spécial, n'appert du contraire. » On lit dans l'ouvrage de M. Britz : « Les censives, dites mainfermes dans le « Hainaut, formaient la *grande masse* de la propriété foncière..... p. 591. » S'il est vrai que, dans le Hainaut, les mainfermes formaient la grande masse de la propriété foncière, n'est-ce pas une preuve de plus que la communauté était bien la règle générale, le droit commun?

Digitized by Google

longea par delà [1], la communauté fut en France le droit commun de tout le pays coutumier, trois coutumes seules exceptées [2]. Quant aux Pays-Bas il ne paraît pas qu'une seule coutume ait fait exception : « la communauté, dit l'auteur de l'ancien droit « belgique, est consacrée *par toutes nos coutumes* qui sont loin « cependant de conserver une égalité de droits entre les « époux [3] ».

Si donc la communauté était le droit commun en Hainaut comme à Valenciennes, la censive, y reste soumise, encore qu'elle ait perdu sa qualité censuelle, car elle n'a point par là revêtu un caractère exclusif de la communauté de biens. Quant au fief conquêt, il doit de son côté subir la règle générale, en un mot tomber en communauté, car il a perdu ce caractère d'indivisibilité qui seul l'en faisait exclure.

On objecte en ce qui touche le fief, un passage du rapport fait par Merlin lors de la présentation du décret du 15 mars. Dans ce passage, Merlin dit à l'assemblée nationale que par son décret du 4 août *elle a changé la nature des fiefs*, que depuis lors il sont devenus *de véritables alleux*. En admettant que l'assemblée nationale ait accepté cette appréciation de Merlin touchant le décret du 4 août, en admettant, si l'on veut, que ce décret ait dit lui-même en propres termes : les fiefs sont désormais de véritables alleux, il en faudrait toujours revenir à cette question : quelle était, en France, la différence de l'alleu au fief? Nous l'avons dit tout à l'heure, l'alleu se trouvait affranchi de tous les droits féodaux et le fief en était grevé; c'est là la différence qu'a voulu effacer le décret du 4 août. En édictant ce décret, l'assemblée nationale qui faisait, non pas une loi de droit privé, mais un article de Constitution, comme l'a dit Mirabeau et Merlin après lui, n'avait en vue que le côté politique; elle proclamait l'exemption des droits féodaux, la liberté des

[1] L'ordonnance de Montil-les-Tours (1450), a prescrit la rédaction des coutumes. Les rédactions furent assez obscures et assez incomplètes pour rendre, au XVIe siècle, un nouveau travail indispensable; un grand nombre de provinces et de localités eurent alors leur coutume réformée. *Kœnigswarter*, Sources du droit français, p. 10.

[2] Ces trois coutumes sont celles de l'Auvergne, de la Haute-Marche et de la Normandie, et encore, dans les deux premières, la communauté pouvait résulter d'une stipulation expresse. Org. de la famille, p. 220, *Klimrath*, t. II, p. 277.

[3] P. 837.

Digitized by Google

biens, et cette exemption, cette liberté, c'était là surtout le caractère qui, dans les coutumes de France, différenciait l'alleu du fief; de là cette assimilation du fief et de l'alleu, signalée, dans le rapport de Merlin, et acceptée, si l'on veut, par l'assemblée nationale. Elle était absolument vraie au point de vue des coutumes de France, et ce sont celles-là seulement qu'avait à considérer la Constituante.

Quant à la censive, veut-on une preuve qu'en ce qui concerne le régime de ces biens, ni le décret du 4 août, ni celui du 15 mars, n'ont voulu apporter aucune espèce d'innovation ? Nous la rencontrerons dans ce même rapport de Merlin. Le rapporteur du Comité féodal commence par signaler les conséquences du décret du 4 août. Parmi ces conséquences il place l'abolition de tout droit de masculinité pour les fiefs, à moins que les rotures ne s'y trouvent soumises; car quant aux rotures, dit le rapporteur, « nous ne pourrions proposer *aucune vue de « législation nouvelle* sans excéder les bornes de notre mission. » C'est à la vérité le chapitre des soumissions qui suggère cette observation au rapporteur, mais cette pensée sans aucun doute veut être généralisée; et où trouver une modification plus profonde que celle qui aurait pour objet d'exclure de la communauté, les censives, rotures ou mainfermes !

Donc jusqu'à l'époque où nous voici parvenu, c'est-à-dire jusqu'au décret du 15 mars inclusivement, rien de sérieux ne paraît étayer ce système que nous combattons. Le décret du 4 août n'a envisagé que le côté politique; il n'y faut voir pour ainsi dire que la charte d'affranchissement de la terre. Le décret du 15 mars a détruit les effets résultant de la qualité féodale ou censuelle; c'était ravir au fief son caractère exclusif de communauté, sans l'imprimer en rien à la censive. On semble du reste faire assez bon marché de ces prémisses, et l'on se retranche surtout derrière le texte du décret du 20 septembre 1790, art. 2. — Nous en avons plus haut rapporté les termes.

Décret du 20 *septembre* 1790. — Rien assurément, n'est plus clair en apparence que le texte de l'art. 2. A première vue il semble défier toute espèce de doute et d'incertitude. Il déclare que dans les lieux où les biens allodiaux sont régis par des lois ou statuts particuliers, ces lois ou statuts régiront les biens ci-devant féodaux ou censuels. Or des lois particulières régissent les alleux dans le territoire ressortissant pour les mainfermes

Digitized by Google

aux coutumes de Valenciennes; ces lois particulières, ce sont les chartes du Hainaut qui font de l'alleu la propriété exclusive du mari; donc depuis le décret du 20 septembre la communauté se trouve supprimée comme droit commun dans les localités régies, quant aux alleux, par les chartes générales du Hainaut.

Il semble que l'on doive se borner à constater, tout au plus à regretter l'iniquité de la loi, car enfin la communauté depuis des siècles était de droit commun parmi nous, elle était dans nos mœurs, dans nos habitudes, imparfaite sans doute, plus imparfaite que partout ailleurs, mais la voici amoindrie, réduite aux meubles seulement, là voici proscrite, il faut le dire, car chacun sait le peu d'importance qu'avait jadis la classe des meubles où n'entraient même pas les rentes en général : *vilis mobilium possessio*. Mais l'art. 2 du décret du 20 septembre ne se prêterait-il qu'à ces stériles critiques ?

Que s'est-il donc passé depuis le décret du 15 mars ? L'assemblée nationale a-t-elle reconnu la nécessité d'innover, de modifier, d'étendre ses décrets antérieurs ? Le décret du 20 septembre déroge-t-il à ceux qui l'ont précédé ? Non, il n'y a là ni innovation, ni modification, ni dérogation ; et la preuve en est dans le décret lui-même qui déclare que son but est de faire cesser plusieurs difficultés *sur l'interprétation et l'exécution* des décrets antérieurs. « Sa disposition est *purement interprétative*, dit lui-« même Merlin, le rapporteur, et, voilà pourquoi il s'applique à « partir du 3 novembre 1789. » En un mot, l'art. 2 du décrets du 20 septembre n'a voulu être que la conséquence du décret du 15 mars. Merlin, lui-même, le dit en propres termes [1].

Le caractère de ce décret bien reconnu, expressément avoué, recherchons quel a été son mode de présentation et de discussion. On lit dans le *Moniteur* du 18 septembre 1790 [2]. « Mer-« lin propose au nom du comité féodal, des articles qui sont « décrétés en ces termes (suit le décret du 20 septembre). » Rien, on le voit, n'est plus laconique ; aucune discussion ne s'élève, c'est pour ainsi dire une loi réglementaire qui passe ; pas l'ombre d'une observation ou d'un rapport. Mais antérieure-

[1] Après avoir dit que la conséquence dérivant du décret du 15 mars, c'est que désormais il n'y a plus d'autres biens que des alleux, Merlin ajoute : « Cette conséquence, au surplus, est écrite littéralement dans l'art. 2 de la « loi du 19 sept. 1790. » Q. *de droit*, v. *féodalité*, § 3.

[2] P. 1081, 1re col.

Digitized by Google

ment, le *projet de décret* avait été imprimé, et distribué par le comité féodal à l'assemblée [1], et au bas de cet art. 2 qui porte que la loi des alleux régira *les biens ci-devant féodaux ou censuels*, se trouve la note suivante : « La raison en est que les ci-devant « fiefs et les ci-devant censives sont devenus de véritables francs-« alleux : 1° par l'art. 1 du décret du 4 août 1789 qui a détruit « entièrement le régime féodal ; 2° par l'art. 1 du titre 1er du « décret du 15 mars qui a converti en simples charges foncières « tous les droits et devoirs féodaux ou censuels.... 3° par l'ar-« ticle 13 du même titre, qui déclare abolis tous les effets que « les coutumes, statuts et usages avaient fait résulter de la qua-« lité féodale ou censuelle des biens.....» Voici donc la pensée de la loi bien connue ; elle est tout entière dans cette note du projet, véritable exposé de motifs qui en révèle toute la portée et qui peut se résumer en ces termes : l'art. 2 veut que la loi des alleux régisse les fiefs, les censives, parce que les fiefs et les censives ont été transformés en alleux par les décrets des 4 août et 15 mars. Cet art. 2 était donc présenté à l'assemblée nationale comme une conséquence des décrets antérieurs, et en l'acceptant elle n'a voulu qu'ériger en droit l'exigence d'un fait ; mais jusqu'à quel point ce fait est-il vrai, jusqu'à quel point les décrets du 4 août et du 15 mars ont-ils allodialisé les fiefs et les censives? Là est toujours l'éternelle question où l'on se heurte.

Les fiefs et censives sont devenus alleux de par le décret du 4 août, assure-t-on ; à cela nous avons déjà répondu : d'abord que l'assemblée nationale n'avait rien dit de pareil ; que cependant, cette conséquence tirée après coup du texte ne manquait pas de justesse à n'envisager que les coutumes de France ; que l'exemption des droits féodaux étant partout en France le caractère distinctif des alleux, tous les biens y étaient, en ce sens, devenus alleux depuis la nuit du 4 août. Mais si une coutume étrangère ayant par hasard empire en France, vient ajouter à ce caractère de liberté de l'alleu, un caractère exclusif de communauté, cette idée de la transformation de tous les biens en alleux, doit-elle aller jusqu'à généraliser la disposition exclusive au préjudice de la femme? Nous croyons qu'on ne pourrait le prétendre sans heurter de front l'esprit même de ces lois abolitives,

[1] Biblioth. du Corps législatif. — Révolution française, t. CCCCLXXXVII, pièce n° 23.

Digitized by Google

qui avec la liberté des biens, ont proclamé l'égalité des sexes.

Si donc la pensée du législateur de 1789 a été de n'allodialiser les fiefs et les censives qu'au point de vue de l'exemption des droits féodaux, sa pensée aussi a été de ne décréter que dans cette même mesure et qu'au même point de vue, cet art. 2 du décret du 20 septembre 1790, que le comité féodal ne présentait du reste à son acceptation que comme une conséquence forcée des décrets antérieurs. La loi des alleux, depuis le décret du 15 mars, art. 11, qui a fait disparaître les alleux nobles pour ne plus laisser place qu'aux alleux roturiers, c'était la loi de l'égalité, la loi ennemie des priviléges de masculinité, des droits d'aînesse ; c'est cette loi qu'on appliquera désormais aux fiefs et aux censives. En France elle s'y appliquera en toute matière sans distinction et dans toutes les coutumes, car tous les biens y sont devenus de véritables alleux par le décret du 4 août. En Hainaut l'application de cette loi des alleux se trouvera nécessairement restreinte, la communauté y échappera sans doute, car là une coutume étrangère attachait aux alleux une qualité exclusive de communauté, un privilége de masculinité pour ainsi dire, respecté peut-être par les lois abolitives, mais que ces lois, à coup sûr, n'ont pu vouloir généraliser.

On oppose à la vérité l'opinion de Merlin, l'opinion de celui-là même qui a élaboré deux des décrets qu'il s'agit d'interpréter ; mais cette opinion sur quoi est-elle fondée ? sur les textes : — les textes des deux premiers décrets du moins, doivent être laissés de côté, car ils résistent, pensons-nous, à l'interprétation qu'on leur impose ; sur la pensée qui a présidé à la rédaction du décret du 4 août : — nous avons démontré qu'elle était précisément contraire. L'opinion de Merlin reposerait-elle sur la connaissance personnelle de la pensée du rapporteur lors des deux derniers décrets ? Mais ce qu'il faut rechercher, ce n'est point la pensée intime, personnelle du rapporteur, c'est celle de l'assemblée nationale [1]. Aurait-on du moins la ressource d'associer à la pensée du rapporteur, celle du comité féodal dont il était l'organe ; dira-

[1] Nous serions bien tenté de croire, du reste, qu'en édictant les décrets abolitifs, Merlin, pas plus que l'assemblée nationale, n'a songé aux chartes du Hainaut. Et si, plus tard, après bien des années et bien des événements écoulés, le rapporteur du comité féodal a dit devant la cour de cassation et dans son répertoire, que les lois abolitives avaient allodialisé tous les biens sans restriction, et jusqu'au point d'abolir la communauté des coutumes du

Digitized by Google

t-on, ce que nous ne voulons pas contester, que dans cette époque de hâte et de travaux incessants, les comités étaient tout, et que l'assemblée ne faisait que sanctionner leur ouvrage, adoptant d'avance comme siens les termes et la pensée des décrets qu'on lui présentait? Mais au moins Merlin a-t-il indiqué au comité féodal, cette disposition des chartes du Hainaut, bizarre à ce point que la cour de cassation elle-même a pu s'y tromper, faute *d'avoir été éclairée,* comme le dit Merlin lui-même. Quelque discussion s'est-elle élevée dans le sein du comité féodal sur le résultat non moins bizarre assurément de ces lois abolitives qui allaient partout étendre la communauté de biens [1], pour la supprimer en Hainaut? Il nous a été permis de fouiller à loisir dans la bibliothèque du corps législatif, si riche en documents; nous y avons rencontré bien des recueils et des rapports touchant les lois abolitives, et malgré toutes nos recherches nous n'avons pu même trouver la trace d'une observation sur l'objet qui nous occupe. Dira-t-on du moins que les termes du décret du 20 septembre étaient par trop clairs, par trop formels, pour qu'une observation ne vînt pas de la part du représentant du Hainaut dans le comité féodal, et que de son silence il faut conclure qu'il y avait eu antérieurement discussion et accord sur ce point? Le silence du représentant du Hainaut s'explique par une toute autre cause, c'est que ce législateur, paraît-il, comme il n'arrive que trop souvent, était complétement étranger à toute science juridique, et quant aux autres jurisconsultes du comité féodal, en petit nombre du reste, nous pourrions pour leur légitime excuse, rappeler ces paroles de Merlin qui lui-même, quoique très-voisin, n'était pas du Hainaut : « Je défie à un jurisconsulte « de bien juger une affaire dans la loi municipale de la Normandie et du Hainaut, s'il habite un département éloigné des lieux « où ces coutumes sont en vigueur [2]. » La pensée que Merlin

Hainaut, coutumes étrangères à la France, il a, sans aucun doute, exprimé l'opinion d'un jurisconsulte interprétant des textes, mais il n'a pu invoquer un souvenir de législateur.

[1] Merlin reconnaît que dans les coutumes qui excluaient les fiefs de la communauté et où les alleux n'étaient pas soumis à des lois particulières, les lois abolitives ont donné quelque extension à la communauté, et que les fiefs en ont fait partie.

[2] Hist. parlementaire, t. V, p. 461, à propos de l'organisation judiciaire et de cette question : Les juges du tribunal de cassation seront-ils permanents ou ambulants?

Digitized by Google

prête au rapporteur, ne semble donc ni celle de l'assemblée nationale, ni celle du comité féodal.

Jusqu'ici nous n'avons fait que rechercher la pensée du décret du 20 septembre ; il nous faut revenir à son texte. Ce texte est clair, précis, formel et il nous condamne. Mais la pensée, mais le motif de la loi n'est ni moins clair, ni moins formel et il nous absout. Entre le texte et le motif, entre la lettre et l'esprit, que faut-il choisir ou subir? là semble se réduire le débat.

Sur ce point la discussion ne peut être longue; les textes, les principes, les opinions, tout se résume à dire :

Les mots ne sont que des signes propres à manifester notre pensée ; les mots, dans un décret, ne sont donc pas le droit. Ils ne sont que les signes de la volonté du législateur ; cette volonté seule fait le droit.

Il nous reste, pour attester la vérité de ces principes, de cette observation, à citer quelques autorités, car, on l'a dit, la vérité d'un principe, comme d'un fait, se prouve par des témoignages : ici les témoignages ne nous feront pas défaut.

« Il est évident, a dit M. Mailher de Chassat, dans son *Traité* « *de l'interprétation des lois*, que les mots ne font pas le droit, « c'est la volonté du législateur... *non enim lex quod scriptum est* « *sed quod legislator voluit*... L. *de quibus*, ff. *de legibus*. Toutes « les fois donc qu'il y aura une différence entre le sens des mots « et la pensée du législateur, il faudra abandonner les mots, « puisque ce n'est pas là qu'est le droit... Si le motif et par con- « séquent la volonté de la loi sont évidents [1], il faut suivre cette « volonté..., car quoique les paroles de la loi présentent un sens « véritable, le législateur veut autre chose... On devra abandon- « ner même l'acception propre et régulière des mots, pour s'at- « tacher au motif de la loi... *interpretatio non sumenda à verbis*, « *sed potius ab effectu et mente* (*Mol. ad consuetud. Paris.* § 20). « Les fondements de toute interprétation... sont... le motif de « la loi en tant qu'il retrace le but du législateur. De là cet axiome « incontestable,... que le motif de la loi en est l'âme et est par « suite toute la loi [2]. »

[1] La volonté de la loi est tellement liée à son motif, que les auteurs l'identifient sans cesse avec lui et les prennent indistinctement l'un pour l'autre. *Mailher de Chassat*, p. 130.

[2] P. 3, 90, 102, 182, 185.

Digitized by Google

Heinneccius avait déjà dit dans sa préface des Pandectes : *Rationem legis pro ejusdem animâ esse habendam.*

Domat, dans ses *lois civiles*, a dit : « Si une loi... étant appliquée « à un cas qu'elle paraît comprendre, il en arrive une conséquence « *qui blesse l'intention du législateur*, la règle ne doit pas s'é- « tendre à ce cas [1]. »

Dans son traité de l'*Interprétation juridique*, M. G. Delisle [2], après avoir rappelé quelques principes analogues à ceux qui viennent d'être cités, dit : «... on doit supposer que le législateur, « au moment où il rédigeait la loi, aurait été invité à fixer son « attention sur une question résolue par la lettre de cette loi en- « core en projet, et se demander s'il n'eût pas, dans ce cas, mo- « difié le texte; et en admettant que, vraisemblablement, cette « modification eût eu lieu, elle devra être aussi admise par le « juge. La même doctrine est adoptée par Dumoulin... *In legi- « bus*, dit ce jurisconsulte, *id prævalet quod interrogati statuentes « verisimiliter respondissent.* »

M. Mailher de Chaussat s'associe du reste à cette doctrine ; « le « législateur, dit-il, n'est pas censé avoir compris dans la loi, ce « qu'il n'eût pas voulu y insérer si on l'eût interrogé sur ce « point [3]. »

Citons encore ces paroles de d'Aguesseau [4] qui, pour n'être pas aussi explicites, n'en confirment pas moins la règle : « ... il « faut être bien scrupuleux pour donner atteinte à une loi, par la « seule vue que son motif ne paraît pas avoir lieu dans certains « cas..... Le motif ne pourrait être de quelque considération que « s'il se rencontrait deux circonstances, l'une que le motif de la « loi cessât, l'autre que l'exécution de la loi devînt une injus- « tice..... »

Rappelons enfin une des nombreuses règles énoncées dans les Pandectes de Pothier, tit. III *de legibus*, art. 4, § 3 : « *Ut ad eas « species quæ verbis legis contineri viderentur, lex non trahatur, « quum ratio legis cessat aut adversatur.* »

On croira peut-être trouver à tout cela une objection dans le titre préliminaire d'un des projets primitifs du Code, qui conte-

[1] L. civiles, liv. I, sect. 2, n° 3.
[2] T. II. p. 461.
[3] P. 197.
[4] Question 39 sur les substitutions.

Digitized by Google

nait, en matière d'interprétation de lois, la règle suivante : « Quand « la loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous pré- « texte d'en pénétrer l'esprit [1]. » Lors de la discussion, le titre préliminaire disparut presque en entier, et avec lui la règle que nous venons de rappeler. Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine, a dit M. Portalis lui-même au corps législatif, doit être du ressort de la science et non du législateur [2]. Quoi qu'il en soit, cet article disparu sans plus de critique, on pourrait peut-être se croire en droit d'en invoquer les termes contre nous : nous ne pouvons le passer sous silence. Mais d'abord, on se gardera de prétendre que cet article énonçait un principe nouveau, une règle nouvelle, car il nous suffirait de répondre qu'il n'a point été admis. Pour y trouver matière à objection, il faut soutenir que dans la pensée de ses rédacteurs, cet article n'était que l'expression des principes régnants, et qu'il semble contredire les autorités que nous venons de rappeler. Voici, sur ce point, ce que nous avons à répondre : L'article du projet est loin de dire d'une manière absolue, que là où le texte est clair on doit appliquer la lettre sans égard à l'intention; ce qu'il ne veut pas, à en peser bien les termes, c'est qu'on élude la lettre *sous le prétexte* d'en pénétrer l'esprit, c'est qu'en un mot, on rejette un texte clair et précis pour aller à la recherche d'un motif inconnu. Ainsi entendu l'article du projet n'est que l'expression des véritables principes..... « dans l'impossibilité réelle de trouver « le motif, a dit M. Mailher de Chassat,.... nous ne pouvons « nous refuser à l'application de la loi, car sans cela le droit « n'aurait plus aucune certitude [3]. » « Si la disposition d'une loi « étant bien connue, a dit Domat [4], quoique le motif en soit *in-* « *connu*, il paraît en naître quelque inconvénient qu'on ne puisse « éviter par une interprétation raisonnable, il faut présumer « que la loi a d'ailleurs son utilité et son équité..... » Toute interprétation cesse, ajoute M. Mailher de Chassat, « lorsque la « loi n'exprime pas de motif et qu'on ne peut lui en assigner « aucun... lorsque le motif de la loi est douteux,.... *si de ratione*

[1] V. Projet de la commission du gouvernement, liv. préliminaire, tit. 5, art. 5, Fenet, t. II, p. 7.

[2] Fenet, t. VI, p. 43.

[3] P. 196.

[4] L. civiles, liv. I. sect. 2, n° 13.

Digitized by Google

« *non planè certi sumus, melius est verbis*[1] *servire* » M. Demante professe la même doctrine : « L'esprit du législateur, a-t-il « dit, est pour nous un guide si sûr, que nous devons souvent le « faire prévaloir sur ses termes..... Mais quand il existe une dis- « position formelle, *quoique le motif ne nous apparaisse pas*, il ne « faut pas moins s'y soumettre ; nous devons supposer que le « législateur *a eu ses vues*[2]..... »

C'est là du reste le système du Code lui-même en matière d'interprétation des conventions, et il n'aurait pu, sous peine de contradiction, en édicter un tout contraire pour l'interprétation des lois. Le Code dit que pour les conventions il faut rechercher l'intention plutôt que de s'arrêter *au sens littéral*, (art. 1156) ; — que quelque généraux que paraissent les termes, ils ne comprennent jamais *que ce que l'on avait en vue* (art. 1163) ; et l'on doit, dit M. G. Delisle, « appliquer aux lois et en général à tous « les textes, ce qui est dit des conventions[3] ».

Si donc le débat, en fin de compte, se trouve entre la lettre et l'esprit, entre les termes et la volonté, l'issue n'en peut être douteuse, à en croire la doctrine que M. Mailher résume judicieusement en ces mots pleins de sens. « Toutes les fois qu'il sera dé- « montré à ma raison que les mots employés par le législateur « disent plus de choses qu'il n'a voulu leur en faire dire, que par « conséquent le sens des mots n'est pas le sens de la loi, je m'at- « tacherai par tous les procédés que suggèrent le raisonnement « et l'expérience, à découvrir ce dernier sens, le seul obligatoire « pour moi[4]. »

Quant au sens de la loi, peut-il être ici incertain ou douteux ?

[1] P. 187, 205.

[2] T. I, n° 24. — Nous n'avons pu nous procurer l'ouvrage épuisé de M. Thibault (Théorie de l'interprétation des lois), mais dans un compte rendu, inséré dans la Revue de législation, t. VI, p. 291, se trouvent résumées les principales règles d'interprétation proposées par l'auteur, l'une d'elles est ainsi conçue : « Lorsque l'intention *expresse* du législateur est en opposition « avec l'intention *qu'il est censé avoir eue*, on se décidera pour la première, « parce que ce qui est constant en fait doit toujours l'emporter *sur les pré-* « *somptions*... » Ainsi, partout et toujours se retrouve la même doctrine : le texte est-il clair, précis, et l'intention inconnue, obscure, douteuse, il faut suivre le texte. Donc, l'intention claire et précise doit à son tour l'emporter sur le texte, quelque clair et précis qu'il soit.

T. II, p. 499, § 175.

P. 476.

Digitized by Google

Le décret du 4 août a-t-il envisagé autre chose que le côté politique, la liberté, l'affranchissement des biens [1], l'abolition des privilèges? Les deux décrets qui ont suivi, du moins dans la pensée de l'assemblée nationale et de tous les membres du comité féodal (le rapporteur seul excepté peut-être), ont-ils voulu faire autre chose que déduire les conséquences du décret primitif? L'exposé de motifs du décret du 20 septembre ne témoigne-t-il pas de la manière la plus expresse que ce décret n'a voulu innover en rien sur les décrets extérieurs? A-t-on voulu par les décrets du 15 mars et du 20 septembre proscrire quelque part en France la communauté de biens entre époux, et consultée sur ce point, l'assemblée nationale n'eût-elle pas à l'unanimité, amendé le texte qui aurait pu laisser soupçonner une pareille tendance [2]? Eh quoi! la communauté, cette conquête lente des siècles, si lente que dans le Hainaut, à la dernière heure du droit coutumier, elle est imparfaite encore; cette communauté de biens si digne de la communauté de vie, elle aurait disparu pour le Hainaut en 1789, et son abrogation résulterait implicitement d'un décret, d'un article, où le mot de communauté n'est ni entrevu, ni soupçonné! elle aurait disparu sans examen, sans même l'honneur d'une discussion, elle aurait disparu comme l'une de ces honteuses institutions féodales repoussées depuis des siècles par la raison, et dont la nuit du 4 août aurait fait une tar-

[1] Les lois abolitives n'ont plus reconnu que *des biens libres*, dit l'un des considérants de l'arrêt de cassation de 1823.

[2] Objectera-t-on que si le législateur n'a pu vouloir proscrire la communauté comme droit commun, il n'a pas voulu du moins l'agrandir; que cependant notre système, non content d'y laisser les mainfermes, tend à y ajouter les fiefs! Nous nous bornerons à répondre que si le fief était exclu de la communauté, c'était par suite d'une exception entachée d'origine féodale; que la féodalité ayant disparu, c'est naturellement, sans effort, et par un retour favorable au droit commun, à la règle générale, que le fief retombe en communauté. Sur ce point, du reste, nous en appellerions à Merlin lui-même. Il reconnait expressément que sous les coutumes d'Artois, de Gand et de Tournésis, où les fiefs étaient aussi la propriété exclusive du mari, et où des dispositions particulières ne régissaient pas les francs-alleux, lesquels étaient compris sous la dénomination de *biens non féodaux*, le mari a perdu, de par les lois abolitives, son droit à la propriété exclusive des biens jadis fiefs, et que ces biens, acquis durant le mariage, font désormais partie de la communauté. Merlin reconnait donc lui-même que les lois abolitives ont pu avoir pour résultat l'agrandissement de la communaut (Q. de droit, v. Comm. de biens entre époux, § 1).

Digitized by Google

dive justice ! Cette égalité entre l'homme et la femme, conquise au prix des efforts incessants du christianisme [1], elle aurait été proscrite par cette révolution qui est venue pour les proclamer toutes, par cette révolution dont la mission dans le droit semblait être d'amender toutes les iniquités du passé..... Écoutons sur l'esprit même de ces lois révolutionnaires, de ces lois abolitives, ce qu'en ont dit, non pas des écrivains politiques, mais des jurisconsultes n'examinant la révolution que sous le point de vue du droit, des jurisconsultes dont on ne peut suspecter l'impartialité, car aucun d'eux à coup sûr, n'a soupçonné la question locale qui s'agite ici :

Le résultat des lois abolitives, a dit celui qu'on peut appeler à juste titre le dernier des feudistes, M. Championnière, « a été « la liberté et l'affranchissement, rien de plus;... la propriété a « été rendue libre et dégagée de toute entrave;.... tout ce qui « serait autre chose que l'extinction d'un droit, d'un privilége, « d'une prérogative, d'une redevance;.... en un mot tout ce qui « ne serait pas suppression ou abolition, n'est pas dans la loi.....[2]. »

Dans un opuscule tout récent, qu'on pourrait appeler à bon droit l'esprit des lois de la révolution, M. Laferrière a dit :

« La révolution,.... dans l'ordre de la propriété, eut pour but « principal d'affranchir le sol des droits de la féodalité..... La ré- « volution distingua différents objets dans les coutumes du « moyen âge rédigées au XVIe siècle. Ce qui, dans le droit cou- « tumier, était un élément privé, sans relation directe avec la « société politique, elle le laissa intact et passa inoffensive....

« Les coutumes avaient reconnu dans les époux une commu- « nauté d'existence et de biens qui s'associait dignement à la « condition naturelle que la religion chrétienne consacrait en « faveur.... des femmes. L'assemblée constituante n'était donc « pas appelée sur ces divers points.... à des vues de réforme [3]. »

Où trouver du système de Merlin, en ce qui touche l'esprit des lois abolitives, une condamnation plus formelle? Dira-t-on en dernière ressource, et pour chercher à excuser l'iniquité accidentelle du décret pris à la lettre, qu'une loi doit être générale,

[1] Org. de la famille, 176, 341 (*Laboulaye*, Cond. des femmes, 59).

[2] De la propriété des eaux courantes, p. 726. Lanture cite, à ce propos, la loi de 1793, mais ses réflexions s'appliquent aux lois abolitives en général.

[3] Hist. des institutions et des lois de la révolution, 103, 190, 217.

Digitized by Google

qu'elle doit négliger les détails pour s'attacher à l'ensemble, que peu importe qu'elle froisse certains intérêts particuliers, locaux, si sa disposition profite au plus grand nombre ; — qu'on doit d'autant moins critiquer ici le décret, qu'une très-minime parcelle du territoire aurait à s'en plaindre..... L'excuse serait vaine : pour la valider, il faudrait démontrer d'une part la nécessité évidente, impérieuse, de la règle générale, de l'autre l'impossibilité ou la difficulté grande de corriger par une exception la rigueur du principe. Rien de tout cela ne se rencontre ici ; ni la nécessité de la loi, car elle n'apparaît que comme une mesure d'ordre et réglementaire ; ni la difficulté de l'exception, car elle pouvait se traduire par cette simple addition à l'art. 2 : *la communauté seule exceptée.*

La thèse de Merlin nous semble donc condamnée par l'histoire, par l'esprit des lois révolutionnaires et des lois abolitives, par l'équité, par les conséquences où elle aboutit.

Elle est condamnée par l'histoire, car l'histoire rattache l'exclusion de l'alleu à ces institutions germaines, à ces priviléges de masculinité qui en étaient comme le génie primitif, et ces priviléges, les lois abolitives ont voulu, non les généraliser, mais les détruire ;

Elle est condamnée par l'esprit des lois révolutionnaires et des lois abolitives, car les lois n'ont voulu toucher qu'au côté politique, laissant à chaque contrée ses mœurs, ses usages, respectant partout les institutions de droit privé, ici la communauté de biens, là le régime dotal ;

Elle est condamnée par l'équité, car l'équité protestera éternellement au nom de cette égalité que la révolution n'a pu vouloir proscrire ;

Elle est condamnée par ses conséquences, car elle aboutirait à dire : ce n'est pas seulement la féodalité, mais la communauté même, que les décrets du 4 août ont voulu abolir en Hainaut !

Et cette abolition, on voudrait, par un bizarre enchaînement, la rattacher à ces décrets du 4 août, à cette nuit de mutuel entraînement où chacun apportait en sacrifice à la patrie, ceux-ci leurs pensions, leurs dons royaux, leurs droits de chasse, leurs justices seigneuriales ; ceux-là leurs droits honorifiques, leurs dîmes, leur casuel..... « Et moi donc, qu'offrirai-je ? disait l'un « de ces nobles sans fortune que gagnait la fièvre du sacrifice....

Digitized by Google

« au moins le moineau de Catulle [1] ... » Les représentants du Hainaut auraient mieux fait encore, ils auraient généreusement sacrifié les droits des femmes..... au profit des maris !

Tout proteste donc contre l'application étroite, judaïque, littérale de l'art. 2 du décret du 20 septembre, véritable lit de Procuste où l'on voudrait mutiler cette institution de la communauté si profondément ancrée dans les mœurs coutumières.

La communauté, selon nous, a survécu partout, comme droit commun, aux lois abolitives. Quant aux mariages contractés en Hainaut sous leur empire, nous croyons que cette communauté doit comprendre les ci-devant fiefs et censives conquêts ; qu'en un mot il y aura à distinguer, dans la liquidation de ces mariages, les alleux anciens, c'est-à-dire les biens libres d'ancienne date, d'avec les alleux, les biens libres de création nouvelle, et que les premiers seuls continueront à être exclus de la communauté. Nous croyons que dans le doute sur leur origine ancienne ou récente de liberté, les biens seront considérés comme affranchis de nouvelle date, d'après la présomption établie par l'art. 2 c., 102 des chartes du Hainaut. Tel nous paraît être l'esprit de la loi, telle en doit être la portée [2].

[1] C'était le comte de Virieu, qui, ne sachant qu'offrir, proposa la destruction du colombier féodal.

[2] En ce qui concerne les mariages contractés avant les lois abolitives et s'étant prolongés par delà, nous ne saurions nous ranger ni à la doctrine de Merlin, ni à l'interprétation de la jurisprudence. Merlin veut que, pour ces mariages, les acquisitions faites depuis les lois abolitives soient la propriété exclusive du mari, tous les biens, depuis lors, étant transformés en alleux ; nous avons dit dans quel sens et jusqu'à quel point il fallait accepter cette transformation. L'arrêt de cassation du 23 avril 1823, inventant un nouveau système, veut que les acquisitions faites depuis les lois abolitives fassent ou non partie de la communauté, selon la nature des biens *au jour du mariage;* et par arrêt du 27 janvier 1840, contrairement aux conclusions de M. Nicod, d'illustre mémoire, la cour de cassation a persisté dans sa jurisprudence. Il semble, qu'effrayée par les conséquences iniques où poussait le système de Merlin, la jurisprudence, pour l'honneur même de la loi, a voulu trouver quand même un moyen de salut. Ce moyen, nous pensons l'avoir rencontré dans une interprétation à nouveau des lois abolitives, et cette interprétation, nous la croyons applicable aux mariages contractés avant comme après ces lois. Nous pensons donc, qu'en ce qui concerne les acquisitions faites depuis les lois abolitives, il faut pour les mariages antérieurs ou postérieurs, distinguer les alleux d'ancienne date d'avec les alleux de création nouvelle, et exclure seulement les premiers de la communauté.

Digitized by Google

La jurisprudence, selon nous, a donc fait fausse route en ce qui concerne les mariages contractés sous l'empire des lois abolitives. Nous pensons qu'en ce point elle aurait dû, comme elle l'a fait pour les mariages antérieurs, renier la doctrine de Merlin; singulière destinée de jurisconsulte, nous l'avouons, qu'on accuserait d'avoir deux fois méconnu l'esprit des lois élaborées par lui-même; mais cette accusation, la jurisprudence française l'a accueillie sur un point; sa tâche, nous le croyons, n'est qu'à moitié accomplie.

AUG. DUBOIS, juge.

Valenciennes, mars 1853.

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques. — Compte-rendu par M. CH. VERGÉ, avocat, docteur en droit, sous la direction de M. Mignet, secrétaire perpétuel de l'Académie.

12e année. — 4 vol. par an. — Paris, chez Durand, libraire, 5, rue des Grés-Sorbonne, près le Panthéon.

Depuis douze années qu'il existe, ce recueil a rendu de si notoires services, et il a parcouru avec tant de succès sa longue et laborieuse carrière, que tout éloge est désormais superflu. Chacun sait aujourd'hui que le Compte rendu de l'Académie, remarquable à la fois par les travaux qu'il renferme et par le soin intelligent avec lequel ces travaux sont choisis, analysés ou classés, conquiert chaque jour sa place, non-seulement dans la bibliothèque du savant, pour lequel il est devenu un recueil indispensable, mais encore dans celle de l'homme d'étude et de loisir auquel il offre une lecture attrayante et instructive. Nous n'avons donc pas à insister sur le mérite et les avantages de la publication.

Mais nous ne pouvons, ni ne devons, en annonçant cette publication à nos lecteurs, nous dispenser de signaler à leur attention tout le souci que prend son habile et patient collecteur de lui donner des proportions qui soient dignes du sujet.

M. Ch. Vergé a compris que ce livre, écho précieux de ce que la science a de plus élevé, soit en France soit à l'étranger, ne devait pas se renfermer dans d'étroites limites. Aussi a-t-il considéra-

Digitized by Google

blement élargi son cadre ; et l'année qui vient de s'écouler, commençant une ère nouvelle, a produit quatre volumes, juste le double de ce qu'avaient donné les années précédentes. Grâce à cette extension, qui sera désormais la règle, les articles ont pu être multipliés sur la législation pénale, sur l'économie politique, sur le droit administratif, sur la philosophie, etc., dans les volumes de 1853. On y remarque notamment un mémoire sur Helvétius, par M. Damiron; un mémoire sur les origines de l'Université de Paris, par M. Laferrière ; un mémoire sur le Morvan, par M. Dupin; un mémoire sur les origines, le développement et la décadence de la démocratie athénienne, par M. Filon; un rapport de M. Béranger sur la répression pénale, sa forme et ses effets ; un mémoire sur la déportation, et des considérations sur l'emprisonnement cellulaire, par M. Lélut, suivi d'observations, sur le même sujet, par Lord Brougham et MM. Faucher et Ch. Lucas; un mémoire sur la découverte de l'Amérique, par M. Roseew-Saint-Hilaire; le résumé d'une discussion entre MM. Cousin, Dunoyer, Blanqui et Michel Chevalier, sur l'objet et les limites de l'économie politique ; une notice historique sur la vie et les travaux de Jouffroy, par M. Mignet ; divers rapports très-intéressants sur des concours ouverts par l'Académie, notamment les rapports de MM. Portalis, Barthélemy Saint-Hilaire, Vivien, Guizot, etc.

C'est en étendant ainsi, au profit de la science, la collection à laquelle il consacre depuis nombre d'années son temps et ses soins, que M. Ch. Vergé a acquis, et acquiert chaque jour, des droits à la faveur du public et à la reconnaissance des hommes de savoir et d'étude.

Digitized by Google

NÉCROLOGIE.

La science et la magistrature déplorent dans la mort récente de M. de Saint-Joseph une perte bien douloureuse. M. Anthoine de Saint-Joseph était né à Marseille, en 1794, d'une famille qui depuis a contracté de hautes alliances. Son père, comme il le raconte avec orgueil [1], « fut envoyé par le roi Louis XVI en Russie et ouvrit le premier les ports de la mer Noire au commerce français. » Il entra de bonne heure dans la magistrature, fut nommé en 1825 substitut, et en 1834 juge au tribunal de la Seine, fonctions qu'il a exercées pendant vingt ans. Ce ne fut pas la partie la moins honorable de sa vie laborieuse : il y en avait une autre dans laquelle il se produisait avec éclat.

L'esprit de codification qui domine notre XIXe siècle a fait éclore une nouvelle branche de la science juridique, le droit comparé. Dans la phalange des jurisconsultes qui ont agrandi, par cette précieuse conquête, le domaine de la jurisprudence, M. de Saint-Joseph s'est placé au premier rang. Moins profond, moins curieux des origines que Pardessus, moins érudit peut-être que Fœlix, il réunissait plusieurs de ces qualités qui ont fait de Pothier le précurseur du Code Napoléon. Doué d'un esprit judicieux et méthodique, il a, avec une clarté et un ordre parfaits, classé et vulgarisé le droit comparé. Il débuta en 1841 par la publication de la *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*. Cette concordance renferme une quinzaine de Codes mis en regard du Code Napoléon, au moyen de tableaux synoptiques. Elle est précédée d'une introduction étendue où l'auteur fait ressortir les traits principaux et les plus remarquables des lois étrangères, en suivant la division et l'ordre de notre Code. Ce premier essai, très-remarquable par la vigueur et la netteté de l'exécution, laissait cependant beaucoup à désirer. Des lacunes regrettables, des textes puisés à des sources diverses, plus ou moins sûres, des inégalités de traduction constataient les difficultés de la nouvelle entreprise, en même temps qu'une contrefaçon belge, des traductions italienne et espagnole, une édition promptement épui-

[1] Voir la dédicace à la chambre de commerce de Marseille dans la *Concordance des Codes de commerce*.

Digitized by Google

sée en attestaient l'importance. Ces lacunes ont disparu en grande partie dans la *Concordance des Codes de commerce étrangers*. Grâce au concours du gouvernement, aux documents qu'il a fait recueillir dans tous les pays, par les agents consulaires, la *Concordance des Codes de commerce* présente sur celle des Codes civils un grand avantage, celui de ne reproduire que des documents certains et authentiques, dont l'existence était garantie par des fonctionnaires dignes d'une entière confiance. Elle en présente un autre. La collection comprend toutes les lois commerciales, même *celles non codifiées*. Elle renferme ainsi le texte de quarante-quatre législations où, à côté des lois de presque toute l'Europe, figurent celles du Brésil, des Etats-Unis, de Haïti, de Tunis, de la Turquie. On y retrouve la méthode judicieuse qui caractérise l'ouvrage précédent. Des tableaux parallèles font ressortir la profonde influence que le Code français a exercée sur la plupart des Codes rédigés depuis sa publication. On y saisit, en même temps, par un simple coup d'œil les modifications ainsi que les améliorations notables qu'il y a reçues. Une vaste introduction précède également cette collection; elle reproduit les traits principaux du droit commercial et de la juridiction consulaire des divers pays. A la *Concordance des Codes de commerce* l'auteur a rattaché plus tard, en 1851, la loi générale, si importante, sur le change en Allemagne [1], comparée au titre VIII du livre premier du Code de commerce.

Lorsqu'en 1847 la réforme du régime hypothécaire fut mise à l'ordre du jour, M. de Saint-Joseph apporta à cette question complexe le tribut de ses recherches. Il publia d'abord un travail intitulé : de la révision de nos lois hypothécaires [2], qu'il fit suivre de la *Concordance des lois hypothécaires étrangères et françaises*. Il y réunit de nouveau les lois de cinquante-trois pays différents, et éclairé de ce qui était bon dans chacune de ces lois, il proposait des modifications très-sages. Enfin, les rapports croissants entre la France et l'Angleterre lui inspirèrent la pensée de composer le *Manuel de l'étranger en Angleterre*, guide précieux pour l'étranger qui veut se rendre compte, dans ses rapports journaliers, de la législation si compliquée de ce pays. Des distinctions les plus honorables vinrent récompenser le modeste auteur de

[1] Elle est du 24 novembre 1848. C'est la trace *unique* qu'on retrouve encore aujourd'hui du passage de la célèbre assemblée de Francfort.

[2] Inséré dans la *Revue de droit français et étranger*, t. IV, p. 47, 222.

Digitized by Google

travaux continués avec tant de persévérance. Il fut nommé chevalier de la Légion d'honneur et de plusieurs ordres étrangers parmi lesquels brillait l'Étoile-Polaire de Suède ; il eut l'honneur aussi d'être membre de l'Institut des Etats-Unis, de la Commission hypothécaire, et d'être consulté par le ministre de la justice.

M. de Saint-Joseph s'occupait depuis douze ans de rassembler les matériaux d'une nouvelle édition de la *Concordance des Codes civils*. A cet effet il mettait à profit l'expérience qu'il avait acquise en publiant la première édition ; il consulta des jurisconsultes éminents dans bien des pays, fit corriger des textes, en recueillit de nouveaux, et parvint ainsi à préparer un tableau qui devait réfléchir fidèlement le droit écrit et non écrit de quarante nations du monde. Mais des efforts aussi multipliés, continués sans relâche durent miner une santé déjà bien fragile ; la perte de sa fille y porta une secousse mortelle. Il pressentit dès lors que la mort ne tarderait pas à les réunir. Aussi, avec un redoublement d'efforts sa pensée se concentrait sur la nouvelle *Concordance des Codes oivils*. Elle fut pour ainsi dire la dernière. Il est mort, laissant l'œuvre inachevée. A son fils maintenant de reprendre la tâche et de l'accomplir, à son fils, que M. de Saint-Joseph commençait à associer à ses travaux et qui, reprenant pieusement la pensée paternelle, élèvera à une mémoire chérie un impérissable monument!

BERGSON.

FIN DU TROISIÈME VOLUME.

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE

Pages

Académie de législation de Toulouse..... 515 et 929
Académie des sciences morales et politiques..... 487 et 821
Acquêts immobiliers. V. Communauté.
Actes notariés. — Blancs. — Barres. — Approbation..... 14
Action disciplinaire. — Instruction. — Forme. — Notaires..... 463
Action paulienne. — Créanciers..... 11 et 856
— Tiers acquéreurs... 857
Adjudication. — Renvoi devant notaire. — Avoué. — Droit de présence.. 707
Aliénation. — Prohibition. — Effets juridiques..... 524
Antholne de Saint-Joseph. — Nécrologie..... 1033
Appel. — Intimé. — Exception. — Réserve..... 469
Architecte. V. Prescription.
Avocat. — Jugement. — Condamnation..... 461
Bail. — Destruction totale. — Force majeure. — Dommage..... 272
— Destruction partielle. — Reconstruction..... 276
— Carrière. — Action personnelle..... 558
— Sous-location. — Acte personnel..... 749
Ban de vendanges. — Fixation. — Maire. — Conseil municipal..... 242
Bibliographie..... 48, 190, 192, 350, 384, 487, 533, 639, 935 et 1031
Biens. — Glaces. — Immobilisation..... 24
Biographie..... 124, 487, 603 et 778
Brevet. — Contrefaçon..... 192
Cassation. — Renvoi. — Dépens..... 76
Caution solidaire. — Subrogation. — Fait positif. — Créancier. — Décharge..... 290
Commis voyageur. — Rupture du contrat. — Compétence. — Contrainte par corps 356

Digitized by Google

Pages

Communauté. — Préciput. — Donation entre époux. — Survie..... 2
— Donation. — Renonciation..... 5
— Acquêts immobiliers. — Stipulation..... 86 et 898
— Acquêts immobiliers. — Dettes..... 89 et 950
— V. Féodalité. — Reprises.
Communauté conventionnelle. — Reprise en nature. — Mari. — Disposition. — Réalisation. — Femme. — Prélèvements. — Créancier. — Concours..... 917
Communauté d'acquêts. — Stipulation. — Interprétation..... 140
Propre. — Preuve. — Inventaire..... 142
Congrégation religieuse. — Contribution foncière..... 181
Contrat de mariage. — Présence des futurs..... 6 et 968
— Stipulation du régime dotal. — Annulation. — Effet..... 8 et 968
— Donation. — Nullité..... 968
Coupe de bois. — Bois gisants. — Revendication. — Privilége... 417 et 743
Créance. — Saisie-arrêt. — Cession. — Concours..... 113
Créanciers. — Fraude..... 11 et 856
— V. Action paulienne.
Dessins de fabrique..... 192
Domat. — Droit public..... 487
Donation déguisée. — Rapport. — Dispense..... 149 et 457
Donation entre époux. — Révocation. — Ingratitude..... 83
— Séparation de corps. — Révocation..... 133
— Libéralité testamentaire..... 137
Dot. — Remploi. — Équivalent..... 84
— Inaliénabilité. — Institution contractuelle..... 146
Dot mobilière. — Aliénation, 212 et 655 ; d'après le droit romain, 659 ; d'après l'ancienne jurisprudence française, 666 ; d'après le Code Napoléon..... 672
Dumoulin. — Son influence sur la législation française..... 603 et 778
Droit naturel. — Essai philosophique..... 866
Droit pénal. — Rétroactivité. — Prescription..... 700
— Instruction criminelle. — Code. — Autriche..... 932
Droit public. — V. Domat.
Eaux courantes. — Usage. — Propriété..... 310 et 971
Enfant naturel. — Nationalité. — Légitimation. — Statut personnel... 193
— Neveux légitimes. — Droit successif..... 937
Enregistrement. — Procédure. — Action en garantie..... 17
— Expertise. — Échange..... 19
— Expertise. — Frais..... 22
— Vente. — Projet..... 286
Établissements industriels. — Décentralisation administrative..... 639
Évocation. — Premier ressort. — Appel d'incompétence..... 472
Expropriation pour cause d'utilité publique. — Expropriation partielle. — Dommages. — Compétence..... 474

Digitized by Google

Pages.
Féodalité. — Abolition. — Coutume. — Communauté..... 996
Feuille d'audience. — Signature. — Empêchement. — Juge de paix... 595
Filiation naturelle. — Possession d'état..... 70 et 207
— Reconnaissance posthume..... 209
Hypothèque. — Immeuble. — Indivision..... 806
Hypothèque légale. — Indemnité. — Commerçant. — Faillite..... 221
Indignité. — Action. — Héritier. — Décès..... 625
Institution générale. — Dispense de rapport..... 755
Jacques du Lorens..... 124
Jurisprudence administrative..... 181, 242 et 474
Jurisprudence civile 169, 1, 29, 198, 259, 353, 457, 553, 649, 745, 836 et 987
Jurisprudence criminelle..... 396
Lois de simple police. — Caractère..... 385
Mariage. — Publicité. — Officier. — Incompétence..... 69
— Bénédiction nuptiale. — Époux. — Refus..... 175
Mort civile. — Abolition..... 98
Nécrologie de M. Anthoine de Saint-Joseph.
Notaire. — Avances. — Intérêts..... 259
— Minute. — Brevet. — Garde. — Retenue..... 362
— V. Actes notariés. — Action disciplinaire. — Adjudication. — Office. — Stellionat.
Office. — Notaire. — Démission. — Privilége..... 460
— Destitution. — Privilége. — Vendeur..... 724
Œuvres littéraires..... 192
Partage d'ascendant. — Action en nullité..... 72, 129 et 218
Péremption. — Jugement par défaut. — Solidarité..... 753
Police d'assurance. — Prorogation. — Preuve..... 354
Police judiciaire. — Code formulaire..... 190
Possession. V. Prescription.
Possessoire. — Titres de propriété. — Pétitoire. — Cumul..... 340
— Servitude discontinue..... 926
Prescription..... 686
— Interruption. — Conversion..... 553
— Dette naturelle. — Dette civile. — Extinction..... 691
— Domicile. — Loi..... 692
— Droits facultatifs..... 697
— Possession. — Caractère..... 763
— Possession rurale..... 769
— Possession. — Intention..... 772
— Possession. — Successeur..... 773
— Entrepreneurs..... 860
— Architecte. — Responsabilité..... 863
— Rentes..... 970
— V. Droit pénal.
Preuve. — Matière criminelle..... 396
Procédure civile. — Réforme..... 821
Promesse de mariage. — Clause pénale. — Dommages. — Grossesse... 197
Quotité disponible. — Époux. — Cumul..... 79 et 562

Digitized by Google

Pages.
— Legs sous clause de préciput. — Calcul..... 250
Quotité disponible. — Réserve. — Cumul..... 458 et 964
Réalisation. — Propre. — Meuble. — Aliénation..... 144
— V. Communauté conventionnelle.
Reprises. — Femme. — Privilége..... 436 et 652
— Faillite..... 549
— Action réelle..... 557
— Récompense. — Droit de prélèvement..... 649
— Rente viagère..... 851
— Caractère..... 967
— V. Communauté conventionnelle.
Scellés. — Héritier mineur. — Opposition..... 453
Séparation de biens. — Affiche..... 282
— Poursuites. — Interruption..... 285
Servitude discontinue. V. Possessoire.
Société commerciale. — Contre-lettre..... 353
Solidarité. — Caractères..... 48
— Des débiteurs en matière civile..... 56
Solidarité en matière commerciale..... 61
— En matière criminelle..... 156
— V. Péremption.
Sourd. — Testament authentique. — Capacité..... 367
Stellionat. — Erreur du notaire..... 745
Subrogé tuteur. — Acquisition. — Biens du mineur..... 211, 352 et 360
Testament. V. Sourd.
Testament authentique. — Impossibilité de signer. — Lecture..... 966
Testament olographe. — Légataire universel. — Vérification d'écriture..... 369 et 946
— Pays étranger. — Ordonnance d'exécution... 758
— Étranger..... 842
— Date. — Dol..... 850
— Fausse date. — Fraude. — Preuve..... 941
Tribunaux de simple police..... 190
Tutelle. — Compte..... 836
Usufruit. — Fruits civils. — Perception. — Droit romain..... 426
Vente entre époux. — Statut personnel..... 581

Digitized by Google

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

Pages.

ANCELOT : Des reprises et des prélèvements..... 917

AUBÉPIN : De l'influence de Dumoulin sur la législation française ;
(1er article)..... 603
(2e article)..... 778

BAUBY : Vente entre époux..... 581

BENECH : Académie de législation de Toulouse. — Rapport sur le concours de 1853..... 515

BERGSON : Histoire du droit français de M. Laferrière. — Compte rendu. 533
Nécrologie. — Anthoine de Saint-Joseph..... 1033

BERTAULD : Prescription. — Non rétroactivité. — Droit pénal..... 700

CAMOUILLY : Héritier mineur, apposition de scellés..... 453
Héritier, condamnation, action en indignité après décès. 626

CAUCHY : Etudes sur Domat. — Le droit public..... 487

COIN-DELISLE : Sur l'immobilisation des glaces d'appartement..... 24
Sur le refus entre époux de bénédiction nuptiale..... 175
Sur l'hypothèque légale d'indemnité acquise en temps suspect..... 221
Examen doctrinal de janvier 1853..... 353
Id. (suite)..... 457
Id. d'avril 1853..... 745

COTELLE : Des établissements industriels dangereux et incommodes et de la décentralisation administrative par M. Avisse. — Compte rendu..... 610

Digitized by Google

Pages.

DEMANTE: De l'abolition de la mort civile..... 98
GABRIEL DEMANTE: Legs sans clause de préciput-calcul de la quotité disponible..... 250
DORLENCOURT: Du cumul du pétitoire et du possessoire..... 340
Coupes de bois. — Bois gisants. — Revendication..... 743
DOUBLET DE BOISTHIBAULT: Jacques du Lorens, biographie..... 124
AUG. DUBOIS: De l'influence des lois abolitives de la féodalité sur la communauté de biens en Hainaut et à Valenciennes..... 996
DUQUAIRE: De l'hypothèque sur les immeubles indivis..... 807
FAUSTIN HÉLIE: Introduction.
— De la preuve en matière criminelle..... 3[illegible]6
F. GENTY: De l'usufruit d'après le droit romain..... 426
GEORGE GENREAU: Offices. — Priviléges. — Destitution. — Indemnité. 724
J. GROS: De l'action possessoire relativement aux servitudes discontinues. 926
JOUSSELIN: Expropriation pour cause d'utilité publique de partie d'immeuble et dommages causés par l'exécution des travaux au restant de la propriété..... 474
LAFERRIÈRE: Questions relatives à la propriété ou à l'usage des rivières non navigables ou flottables..... 971
LESAGE: Bulletin bibliographique..... 190
MARCADÉ: Examen doctrinal de septembre 1852..... 69
Examen doctrinal de novembre 1852..... 198
Examen doctrinal de février 1853..... 553
Questions sur la prescription (1er article)..... 686
Questions sur la prescription (2e article)..... 763
Examen doctrinal de mai 1853..... 937
MIMEREL: Adjudication renvoyée devant notaire..... 707
Examen doctrinal d'avril 1853..... 836
MOLINIER: De la solidarité et de l'invisibilité. — Examen doctrinal du traité de M. Rodière (1er article)..... 48
Id. (2e article)..... 156
MOURLON: Les cautions qui ne jouissent pas du bénéfice de discussion sont-elles déchargées lorsque la subrogation aux sûretés de la créance est devenue impossible par le fait positif du créancier?..... 290
NICIAS GAILLARD: Les lois de simple police..... 384
NICOLIN: Des reprises de la femme en cas de faillite du mari..... 549
PAUL PONT: Examen doctrinal d'août 1852..... 1
Examen doctrinal d'octobre 1852..... 129
Examen doctrinal de décembre 1852..... 259
Bulletin bibliographique..... 350
La femme a-t-elle, à raison de ses reprises et prélèvements, un droit de préférence sur les biens de la communauté.. 436
Examen doctrinal de mars 1853..... 649
De la communauté d'acquêts réduite aux immeubles..... 898
Chronique et bulletin bibliographique..... 935
Bulletin bibliographique..... 1031
LE COMTE PORTALIS: Académie des sciences morales et politiques. —

Digitized by Google

Pages.

Rapport sur le concours ouvert en 1851..... 824

REVERCHON: Contribution foncière. — Congrégation religieuse. — Jurisprudence administrative..... 181

RIGAUT: Essai philosophique sur les principes fondamentaux du droit naturel envisagé comme une science spéciale..... 866

SACASE: De l'usage et de la propriété des eaux courantes.. 310

SERRIGNY: A qui du maire ou du conseil municipal appartient-il de fixer le ban de vendanges?..... 242

L'État ou tout autre propriétaire, vendeur d'une coupe de bois, a-t-il le droit de revendiquer les bois gisants sur place dans le parterre de la coupe, en cas de non paiement par l'adjudicataire?..... 417

AMB. VENTE: Justice de paix. — Feuille d'audience non signée. — Moyen d'y remédier 595

VIELLE: Du concours des créanciers avec un cessionnaire en matière de saisie-arrêt..... 113

CORBEIL, imprimerie et stéréotypie de CRÉTÉ.

Digitized by Google

Digitized by Google

3e ANNÉE. MAI 1852.

REVUE CRITIQUE
DE
LÉGISLATION
ET DE
JURISPRUDENCE

PUBLIÉE PAR MM.

VOLOWSKI
PROFESSEUR DE LÉGISLATION INDUSTRIELLE.

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation.

V. MARCADÉ
Ancien avocat à la Cour de cassation.

PAUL PONT
Président du Tribunal civil de Corbeil.

NICIAS GAILLARD
Premier avocat général à la Cour de cassation.

LAFERRIÈRE
Ancien conseiller d'Etat, inspecteur général des Facultés de droit.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris, etc., etc.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

TROPLONG
Premier président de la Cour de cassation

DELANGLE
Premier président à la Cour impériale.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

REVERCHON
Avocat au conseil d'Etat, à la Cour de cassation, ancien maître des requêtes de première classe.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

FL. MIMEREL
Avocat au conseil d'Etat, à la Cour de cassation et du Ministère de l'intérieur.

JOUSSELIN
Avocat au conseil d'Etat et à la Cour de cassation, etc., etc.

Prix Franco : 18 fr. pour la France. — 22 fr. pour l'Etranger.

TOME III. — Ve LIVRAISON.

BUREAUX A PARIS

COTILLON, EDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

Rue des Grés-Sorbonne, 16.

Digitized by Google

SOMMAIRE DE LA LIVRAISON DE MAI 1853.

Pages.

EXAMEN DOCTRINAL des principaux arrêts rapportés par les recueils, dans les cahiers de décembre 1852, par M. PAUL PONT 259

Les Cautions qui ne jouissent pas *du bénéfice de discussion* sont-elles déchargées lorsque la subrogation aux sûretés de la créance est devenue impossible par le fait positif du créancier ? — Dissertation, par M. F. MOURLON 290

De l'USAGE et de la PROPRIÉTÉ des eaux courantes, par M. F. SACASE, conseiller à la Cour impériale de Toulouse 310

Du CUMUL du pétitoire et du possessoire, par M. DORLENCOURT, juge au tribunal civil de Douai 340

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE. — Théorie de la vente, de M. GEORGE GENREAU 350

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT.

CODE FORMULAIRE
DES OFFICIERS DE POLICE JUDICIAIRE,

Des auxiliaires du Procureur impérial et des tribunaux de simple police, de cantons et de Maires.

OU

GUIDE THÉORIQUE ET PRATIQUE

Des Commissaires de police départementaux et cantonaux, des Maires et Adjoints de maire, des Juges de paix, des Officiers de Gendarmerie, des Commissaires généraux de police, etc., des Gardes champêtres communaux et particuliers, des Gardes forestiers et Gardes-pêche de l'État, des communes, des établissements publics et des particuliers, des Agents de police et Gendarmes ;

SUIVI DE

305 FORMULES OU MODÈLES DE PROCÈS-VERBAUX,

ET TERMINÉ PAR UNE TABLE ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE DES MATIÈRES ;

PAR J. ALLAIN,

JUGE DE PAIX,

Auteur du *Manuel encyclopédique des Juges de paix*, etc., etc.

2 FORTS VOLUMES IN-18 (FORMAT CHARPENTIER). — PRIX : 8 FRANCS.

séparément

Tome I. **Officiers de police judiciaire** et Auxiliaires du Procureur impérial ..... **4 fr.**
Tome II. **Tribunaux de simple police, de canton et de Maires** ..... **4 fr.**

FRANCO PAR LA POSTE. { Les 2 vol. pris ensemble. 9 fr. 25 c.
Le tome Ier. ..... 4 » 65 »
Le tome II. ..... 4 » 60 »

N. B. — Chaque demande devra être accompagnée d'un mandat sur la poste. (AFFRANCHIR.)

OBSERVATIONS
SUR L'HYPOTHÈQUE LÉGALE D'INDEMNITÉ
ACQUISE EN TEMPS SUSPECT,

PAR M. COIN-DELISLE, Avocat à la Cour impériale.

BROCHURE IN-8. — PRIX ..... 1 FR. 50 C.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google